

中国法院2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

合同纠纷

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

简便易用　权威实用

汇集全国各地法院最新审结的典型案例，分卷分类编排

高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息

主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路

不论您是法官、律师，还是案件当事人，本书力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。



ISBN 978-7-5093-5106-2



中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

合同纠纷

《中国法院年度案例》编辑人员（按姓氏笔画）
边疆戈 关 毅 刘 畅 苏 烽 孟 军
罗胜华 赵丽敏 唐世银 曹士兵 曹海荣
梁 欣 温培英 程 瑛

本书编审人员：罗胜华

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2014年度案例．合同纠纷／国家法官学院案例开发研究中心编．—北京：中国法制出版社，2014.3

ISBN 978-7-5093-5106-2

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①合同纠纷-案例-汇编-中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第014373号

策划编辑：李小草（Lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：周琼妮（zqn-zqn@126.com）、徐樱子　　　　封面设计：温培英、李宁

中国法院2014年度案例·合同纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2014 NIANDU ANLI · HETONGJIUFEN

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730×1030毫米　16　　　　印张/15.5　字数/213千

版次/2014年4月第1版　　　　2014年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-5106-2　　　　定价：45.00元

北京西单横二条2号　　　　值班电话：010-66026508

邮政编码100031　　　　传真：010-66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　　　**编辑部电话：010-66067023**

市场营销部电话：010-66033393　　　　**邮购部电话：010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

《中国法院年度案例》通讯编辑名单

张农荣　北京市高级人民法院
刘晓虹　北京市高级人民法院
戚庚生　江苏省高级人民法院
程　浩　江苏省高级人民法院
王　成　江苏省高级人民法院
沈　杨　江苏省南通市中级人民法院
周耀明　江苏省无锡市中级人民法院
李相如　福建省高级人民法院
李春敏　福建省高级人民法院
张本勇　上海市高级人民法院
黄玉霞　广东省高级人民法院
贺利研　广西壮族自治区高级人民法院
谢　丹　四川省高级人民法院
王　磊　山东省高级人民法院
余跃武　安徽省高级人民法院
庞　梅　安徽省高级人民法院
自　宁　云南省高级人民法院
冯丽萍　云南省昆明市中级人民法院
陈飞霞　重庆市高级人民法院
张纵华　浙江省高级人民法院
赵　婳　辽宁省高级人民法院
刘洪颖　吉林省高级人民法院
刘东海　黑龙江省高级人民法院
宋雪敏　河北省高级人民法院
马　磊　河南省高级人民法院
李治国　湖北省高级人民法院
黄金波　湖北省宜昌市中级人民法院
唐　竞　湖南省高级人民法院
马云跃　山西省高级人民法院
李周伟　海南省高级人民法院
白云飞　天津市高级人民法院
官　却　青海省高级人民法院
石　燕　新疆维吾尔自治区高级人民法院

序

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例丛书，以后每年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此前，该中心已经坚持20年不辍连续编辑出版了《中国审判案例要览》丛书，凡80卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在该中心又编辑出版《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012及2013年出版以后，受到读者的广泛好评，并迅速售罄，国家法官学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2014年度案例》系列。为响应读者需求，2014年度新增3个分册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例。

总的说来，当前市面的案例丛书大多“不好读”，存在篇幅长、无效信息多、案例情节杂、缺乏深加工等不足。《中国法院年度案例》丛书试图把案例书籍变得“好读有用”，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，削除无效信息，尽可能在有限篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，本丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心平均每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，《中国法院年度案例》有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例分类编排，每个案例用一句话概括焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速发现需要的案例。

总之，编辑《中国法院年度案例》就是为了让案例类书籍简便、易用，这既是

本丛书的特点，也是编辑出版这套丛书的理由。当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿意承担责任，并不断改进。

在信息社会，流行快餐文化，纸质类媒介往往输给数字化媒介。在此情景下，中国法制出版社全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

中国法院2012、2013年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心　编

简便易用、权威实用——打造“好读有用”的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20年编辑了享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。

中国法院2012年度案例系列

中国法院2013年度案例系列

1. 婚姻家庭与继承纠纷
2. 物权纠纷
3. 土地纠纷（含林地纠纷）
4. 房屋买卖合同纠纷
5. 合同纠纷
6. 买卖合同纠纷
7. 借款担保纠纷
8. 民间借贷纠纷
9. 侵权赔偿纠纷
10. 道路交通纠纷
11. 雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）
12. 人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）
13. 劳动纠纷（含社会保险纠纷）
14. 公司纠纷
15. 保险纠纷





最高人民法院指导性案例理解与适用系列

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列	书号	定价
担保卷	978 - 7 - 5093 - 2973 - 3	98 元
公司卷	978 - 7 - 5093 - 3476 - 8	128 元
合同卷一（合同原则、履行、解除、违约责任）	978 - 7 - 5093 - 3806 - 3	98 元
合同卷二（合同订立、效力、解释、变更与转让、时效、管辖）	978 - 7 - 5093 - 3805 - 6	98 元
劳动争议卷	978 - 7 - 5093 - 4395 - 1	58 元
婚姻家庭卷	978 - 7 - 5093 - 4394 - 4	50 元
房地产卷	978 - 7 - 5093 - 4393 - 7	98 元

最高人民法院知识产权系列图书

书　名	书号	定价
最高人民法院知识产权审判案例指导（第一辑）	978 - 7 - 5093 - 1894 - 2	48 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第二辑）	978 - 7 - 5093 - 1895 - 9	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第三辑）	978 - 7 - 5093 - 2804 - 0	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第四辑）	978 - 7 - 5093 - 3692 - 2	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）	978 - 7 - 5093 - 4556 - 6	88 元
中国知识产权指导案例评注（上下卷）	978 - 7 - 5093 - 2591 - 9	188 元
中国知识产权指导案例评注（第三辑）	978 - 7 - 5093 - 3279 - 5	98 元
中国知识产权指导案例评注（第四辑）	978 - 7 - 5093 - 4396 - 8	98 元
最高人民法院知识产权司法解释理解与适用	978 - 7 - 5093 - 3603 - 8	58 元
商业秘密司法保护实务	978 - 7 - 5093 - 3422 - 5	98 元
商标法适用的基本问题	978 - 7 - 5093 - 3970 - 1	68 元
知识产权法律适用的基本问题	978 - 7 - 5093 - 4207 - 7	168 元
知识产权保护的新思维	978 - 7 - 5093 - 4738 - 6	98 元

最高人民法院商事审判指导案例系列

最高人民法院商事审判指导案例系列丛书	书号	定价
1. 合同卷（上下）	978 - 7 - 5093 - 2443 - 1	168.00
2. 借款担保卷（上下）	978 - 7 - 5093 - 2440 - 0	188.00
3. 公司卷	978 - 7 - 5093 - 2444 - 8	98.00
4. 金融卷	978 - 7 - 5093 - 2449 - 3	88.00
5. 第五卷（上下）	978 - 7 - 5093 - 2803 - 3	168.00
6. 合同与借贷担保卷	978 - 7 - 5093 - 4029 - 5	98.00
7. 公司与金融卷	978 - 7 - 5093 - 4028 - 8	128.00

目　录

Contents

一、赠与合同

二、储蓄存款合同

三、租赁合同

四、委托与委托理财合同

五、建设工程合同

六、运输合同

七、服务合同

八、招标投标合同

九、房屋拆迁安置补偿合同

十、承包合同

十一、供用电、水、气、热力合同

十二、承揽合同

十三、保管合同

十四、居间合同

一、赠与合同

1

附义务的赠与合同能否行使解除权

——张玉兰诉唐伟赠与合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第10057号民事判决书

2. 案由：赠与合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：张玉兰

被告（被上诉人）：唐伟

【基本案情】

唐伟系唐永志、张玉兰夫妇之孙，唐玉华之子。

诉争房屋位于北京市石景山区苹果园，原属唐永志、张玉兰夫妇共同财产。唐永志去世后，张玉兰与唐伟于2007年3月15日签订《赠与合同》，约定："赠与人张玉兰自愿将诉争房屋中属于自己的产权份额赠与唐伟个人所有。受赠人唐伟自愿接受赠与。唐伟要照顾赠与人的生活，要允许赠与人居住在上述房产中，在赠与人在世期间，不能卖房，如果出售上述房产，卖房款要归还给赠与人。"双方于2007年3月23日至北京市石景山区公证处对于上述《赠与合同》进行了公证。此后诉争房屋的所有权通过赠与方式转移登记至唐伟名下。

张玉兰诉称，唐伟于2011年7月左右搬走，之前双方关系尚可，唐伟父母即唐玉华夫妇也给张玉兰做过饭并进行过照顾。唐伟结婚之后回来过，但不理张玉兰，不与张玉兰说话，也不进行照顾。唐玉华夫妇与张玉兰一起居住，但分着过，自起诉前居委会进行调解后，唐玉华夫妇就几乎不再照顾张玉兰了，张玉兰之女唐玉梅有时来照顾。唐玉华每月给张玉兰200元生活费，唐伟不给。唐玉华上24小时班休息24小时，唐玉华在家时也与张玉兰吃不到一起，唐玉华回来一般不吃午饭，家里剩什么，张玉兰就吃什么。如不爱吃，张玉兰就出去买着吃。家中水电费、煤气费都是唐玉华支付，其他日常吃喝所需都是唐玉梅给买的。诉争房屋的购房款系由张玉兰夫妇出资。张玉兰就其主张的事实提供关秀芳、郑彬的书面证言，上述证人并未出庭作证。

唐伟辩称，不认识上述证人，对于上述书面证言不予认可。唐伟另称其工作较忙，张玉兰平时由其父唐玉华照顾，自己空闲时也会帮忙，张玉兰曾向苹果园二区居委会请求调解，但无结果。

【案件焦点】

附义务的赠与合同能否解除。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院审理认为：张玉兰通过与唐伟签订《赠与合同》，将其在诉争房屋中的财产权利份额赠与唐伟，唐伟接受赠与，并应照顾张玉兰的生活。双方据此形成赠与合同关系，内容合法有效，双方应受约束。

根据双方《赠与合同》内容，唐伟对于张玉兰生活的照顾义务并未约定具体方式，也未因此排除张玉兰其他子女对张玉兰应尽的赡养义务。结合《赠与合同》的内容及一般社会常识，上述照顾义务的设立，目的在于保证张玉兰生活、居住条件的稳定性，以免出现老无所养、老无所依的情况。同时，上述照顾义务的履行具有长期性和延续性。

上述《赠与合同》签订后，张玉兰一直在诉争房屋中居住至今，唐伟婚前亦与其父母共同陪同张玉兰居住。虽然唐伟婚后搬离诉争房屋，但考虑到其具体工作状况、实际居住环境等因素，其委托父母对张玉兰进行照顾，亦无不当。根据本案目前阶段现有的证据和相关事实，并无充分依据认定唐伟不能妥善履行照顾张玉兰的义

务，导致《赠与合同》的缔约目的不能实现。因此，张玉兰依目前现有情况主张撤销《赠与合同》，依据不足，不予支持。北京市石景山区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第一百八十五条、第一百九十二条，判决驳回张玉兰的诉讼请求。

张玉兰不服一审判决，提起上诉。其上诉理由为：唐伟自结婚后不再回到涉诉房屋，未履行照顾张玉兰的义务；唐伟的父母也未履行照顾义务，且唐伟之母在一审第一次开庭后经常在家里骂街，其无法待在家里；唐伟未提供证据证明是否因工作原因不能履行照顾义务及父母尽了照顾义务；唐伟亦未提供证据证明其委托其父母代为履行义务经张玉兰同意。

北京市第一中级人民法院经审理认为：张玉兰与唐伟所签订的《赠与合同》约定，张玉兰将其所属的诉争房屋份额赠与唐伟所有，唐伟应照顾张玉兰的生活。由双方上述约定可以看出，该赠与系附义务的。《中华人民共和国合同法》第一百九十条第二款规定，“附赠与义务的，受赠人应当按照约定履行义务。”根据查明的事实可知，合同签订后唐伟与张玉兰共同生活至唐伟结婚，此后唐伟未能亲自照顾张玉兰的生活，且没有证据证明唐伟给过张玉兰赡养费。虽然此后唐伟委托其父母照顾张玉兰，但唐伟之母与张玉兰共同生活期间发生了矛盾，唐伟未能采取有效措施化解上述矛盾，也未能给予张玉兰生活上的进一步照顾和精神上更多的抚慰，导致张玉兰在涉诉房屋中生活并不快乐如意。张玉兰现已 80 多岁高龄，其与唐伟签订赠与合同的目的就是为了老有所养、老有所乐，现唐伟未能完全尽到照顾张玉兰的义务，且张玉兰坚持要求撤销赠与，如继续履行赠与合同已无益于合同目的的实现和张玉兰的晚年幸福。为此，法院支持张玉兰的上诉请求，解除双方所签订的赠与合同。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项、第（三）项及《中华人民共和国合同法》第九十四条第一款第（三）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市石景山人民法院（2012）石民初字第 320 号民事判决。

二、解除张玉兰与唐伟于 2007 年 3 月 15 日签订的《赠与合同》。

【法官后语】

本案处理的重点在于附义务的赠与合同能否解除。我国《合同法》第一百九十条规定，“赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。”第九

十四条规定，“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”

附义务的赠与合同区别于一般赠与合同之处在于，其赠与完成后，受赠与人还要履行合同所附的义务。在本案中，一、二审法院均认为，附义务的赠与合同是否应当解除取决于所附义务是否能够履行。分歧焦点在于唐伟与张玉兰所签订的附义务的赠与合同能否继续履行。一审法院认为，合同所约定的照顾义务并未明确具体履行方式，结合本案情况，唐伟对张玉兰的照顾已经能够保证张玉兰生活、居住的稳定性，不会出现老无所养、老无所依的情况。但二审法院认为，唐伟并未按照约定对张玉兰进行照顾。一则唐伟没有给付张玉兰赡养费；二则唐伟未与张玉兰共同生活；三则唐伟母亲与张玉兰的矛盾也引起了唐伟与张玉兰关系的不睦。综合考虑这几点，应当认为唐伟未能尽到照顾张玉兰的义务，故二审法院对一审判决予以改判，解除唐伟与张玉兰之间的附义务的赠与合同。

在实践中，赠与合同所附义务为受赠人对赠与人的扶养的情况并不鲜见。在处理这一问题时，应该从多个角度考量扶养义务的履行情况。如果仅仅是将扶养义务认定为金钱给付义务，显然违背了赠与人订立赠与合同的初衷。因为赠与人的赠与往往是房产等数额较大的财产，其往往在物质上并不匮乏，而更加需要的是受赠与人从精神上对其进行照顾。即使合同并未约定将受赠与人对赠与人的探望、共同居住等作为合同义务，法院在认定合同履行情况的时候也应予以考虑。因为这是赠与合同的附扶养义务的应有之义。受赠与人与赠与人关系交恶，双方不经常往来，这些事实都可以作为证据，证明合同无法继续履行。

本案中，张玉兰与唐伟是祖孙关系，且张玉兰没有对唐伟进行抚养，因此唐伟对张玉兰没有赡养义务。通过签订附义务的赠与合同，唐伟对张玉兰负有赡养义务。唐伟主张，其父母随张玉兰一起生活，是代为履行赡养义务。但是唐伟的父母是张玉兰的子女，其本身就应该对张玉兰尽赡养义务，因此唐伟的抗辩不能成立。张玉兰与唐伟签订合同的本意是唐伟能经常来看望，但是唐伟可能因为工作性质的原因或是出于其他考虑，未能慰藉张玉兰的晚年生活。张玉兰在二审时坚持自己出

庭，表示要解除合同，这也从侧面证明两人关系不睦。因此，应该认为，两人签订的附义务的赠与合同无法继续履行。

扶养义务作为非金钱债务，既不能强制债务人履行，也不能强制债权人接受。如果合同所付义务涉及扶养义务时，应该考虑双方当事人的意愿。一方当事人不愿履行合同，就应该允许其解除合同。当然行使解除权的一方是否需要因此承担违约责任，应该在具体案件中，结合事实去评判。

编写人：北京市第一中级人民法院　黄旭宁

2

离婚协议中婚前个人财产赠与条款的撤销

——许容诉赵宏远赠与合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省茂名市中级人民法院（2012）茂中法民一终字第12号民事判决书

2. 案由：赠与合同纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：许容

被告（反诉原告、上诉人）：赵宏远

【基本案情】

赵宏远与许容于2010年11月登记结婚。2010年11月12日，赵宏远向许容书面承诺："双方互敬互爱，遇事多商量，如果反悔，我愿用名雅花园192平方米的住房做抵押任她处置。"

赵宏远与许容于2010年12月3日到所在地民政局办理离婚登记，并自愿达成离婚协议。就夫妻财产分配，《离婚协议书》第二条约定："茂名市油城九路名雅花园G6401房的产权归女方所有。"双方没有生育子女，也没有共同债权债务，离

婚协议书在婚姻登记机关存档一份。赵宏远与许容在《离婚协议书》中所称的名雅花园G6401房，是赵宏远于2007年1月购买，首付房款125000元，其余房款由银行提供个人按揭贷款。协议签订后，双方办理离婚登记，并领取了离婚证书。赵宏远至今没有履行协议约定的义务，致成纠纷。许容诉请判决赵宏远继续履行《离婚协议书》，将名雅花园G6401房的产权过户到许容名下。赵宏远认为名雅花园G6401房是其婚前利用父母养老钱及自己全部积蓄所购买，婚姻仅仅维持了十四天，许容无偿获得赵宏远婚前赖以生存的唯一房产，明显有失公平，且《离婚协议书》第二条的约定属于赠与，可以撤销，反诉请求法院撤销《离婚协议书》第二条。

许容与赵宏远确认至庭审时止，赵宏远尚欠银行贷款170000元。许容同意归还赵宏远所欠银行的房屋贷款170000元。

【案件焦点】

1.《离婚协议书》第二条的约定是否构成赠与；2. 如果构成赠与，赵宏远能否行使撤销权。

【法院裁判要旨】

广东省茂名市茂南区人民法院认为：双方于2010年12月3日签订的书面《离婚协议书》是双方的真实意思表示，该协议已发生法律效力，对双方具有约束力，双方应充分履行上述离婚协议确定的义务。根据该协议的第二条，许容要求将名雅花园G6401房归自己所有的主张，事实清楚，证据确凿，予以支持。许容同意偿还被告赵宏远所欠的银行按揭贷款170000元，予以认定。对于赵宏远的反诉部分，赵宏远认为将名雅花园G6401房赠送给许容是显失公平的主张，结合赵宏远在婚前曾向原告作出书面承诺这一证据，可以认定赵宏远是自愿将名雅花园G6401房赠送给许容所有，《离婚协议书》是双方真实意思的表示，合法有效，不存在欺诈、胁迫的手段或者乘人之危的情形。赵宏远要求撤销该《离婚协议书》的主张没有事实依据，不予支持。

广东省茂名市茂南区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款、第二款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第八条、第五十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规

定，作出如下判决：

一、赵宏远应履行《离婚协议书》第二项确定的内容，位于茂名市油城九路1号大院26号401房归许容所有。

二、判决生效后十日内，赵宏远将上述房屋产权过户给许容，赵宏远所欠的银行按揭贷款170000元，由许容偿还。

三、驳回赵宏远的反诉请求。

赵宏远不服一审判决提起上诉。广东省茂名市中级人民法院认为：本案是因离婚协议中的赠与条款而产生的纠纷。讼争房产是赵宏远在婚前所购买，属于赵宏远的婚前财产，并非夫妻共同财产。在《离婚协议书》签订后，因该协议的赠与条款，赵宏远与许容之间形成了赠与合同法律关系。根据《中华人民共和国物权法》第九条的规定，不动产的转让实行法定登记制度，经依法登记，发生效力，未经权属变动登记，不产生效力。而本案争议的房屋至今仍登记在赵宏远名下，尚未办理过户手续，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理”及《中华人民共和国合同法》第一百八十六条“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定”的规定，本案争议房屋的赠与不属于具有社会公益、道德义务性质的赠与，在没有办理过户手续之前是可以请求撤销的，因此赵宏远上诉要求撤销该赠与的理由成立，本院予以支持。

广东省茂名市中级人民法院依照《中华人民共和国物权法》第九条、《中华人民共和国合同法》第一百八十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

一、撤销茂名市茂南区人民法院（2011）茂南法民初字第1092号民事判决。

二、驳回许容的诉讼请求。

三、撤销赵宏远与许容于2010年12月3日所签订的《离婚协议书》的第二条。

【法官后语】

本案处理的重点在于不动产赠与中撤销权的行使问题。根据赵宏远与许容所签订的《离婚协议书》，赵宏远在双方协议离婚时同意将属其个人所有的婚前财产名雅花园G6401房屋赠与许容。但不动产的转让适用登记生效制度，争议的房产一直登记在赵宏远名下，房产所有权未发生转移。一审法院认为赵宏远将名雅花园G6401房赠送给许容的行为是双方的真实意思表示，合法有效，赵宏远要求撤销《离婚协议书》第二条的主张没有事实依据。虽然双方在《离婚协议书》中约定名雅花园G6401房屋归许容所有，但赵宏远能否行使撤销权是本案的关键问题。根据《物权法》第九条、《合同法》第一百八十六条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三)》第六条的规定，房产的赠与须经产权变更登记才能发生效力，而在赠与财产权利转移之前，赠与人可依法行使撤销权撤销赠与。既然本案争议房产的所有权尚未发生转移，赵宏远依法行使撤销权，请求撤销其对许容关于争议房产的赠与符合上述法律的规定，应予支持，遂对一审判决予以改判。

编写人：广东省茂名市中级人民法院　莫婵

3

“房屋析产分单”的性质及效力

——梅永茂诉石秀英等赠与合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2012）淄民一终字第101号民事判决书

2. 案由：赠与合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人)：梅永茂

被告（被上诉人）：石秀英、梅永盛、梅永莲、梅永菊

【基本案情】

梅建儒与石秀英系夫妻，两人共生育四个子女，梅永茂系其长子，梅永盛系其次子，梅永莲系其长女，梅永菊系其次女；梅建儒于2011年9月22日死亡。1983年7月，梅建儒与石秀英在淄博市周村区太和小区原有住宅因拆迁将原宅基地交回原建国村委后，由建国村委重新划拨周村区聚元街40号宅基地（土地使用权面积141.85平方米）一处，两人在此修建北屋四间（建筑面积57.36平方米）、西屋两间（建筑面积11.82平方米）；后又于1992年在该宅院增建东屋三间（建筑面积39.16平方米）。上述房产建成后均落户于石秀英名下。2000年5月，梅永盛持石秀英名下的上述房产所有权证书及落款时间为2000年4月18日的房屋析产分单一份，将上述房产变更登记至其名下。房屋析产分单内容记载“立析产人：石秀英……我与老伴有四个子女……现有住房壹处，坐落于建国村聚元街40号，因本人年世已高，将此房产归次子梅永盛所有，我与老伴梅建儒、长子梅永茂、长女梅永连（莲）、次女梅永菊自愿放弃该处房屋所有权……当事人：石秀英 梅建儒（加盖两人印章），长子：梅永茂（捺印），次子梅永盛（捺印、加盖印章），长女：梅永连（莲，捺印），次女：梅永菊（捺印），证人：陈玉庆 周会莺（加盖两人印章）”。另查明，梅永茂于1980年时曾由原建国村委划拨宅基地一处，后于1993年因拆迁被安置于现有住房内。现本案涉诉房产已于2011年9月拆除。

【案件焦点】

“房屋析产分单”的性质是赠与合同还是分家析产协议，有无法律效力。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：涉诉房产原系梅建儒与被告石秀英修建，房屋产权虽登记在被告石秀英名下，但根据法律规定应属梅建儒与被告石秀英的夫妻共同财产。法律规定所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，自由处分权利是所有权人的一项基本权利，他人无权干涉。本案的焦点问题是梅永盛用于办理涉诉房产变更登记的房屋析产分单的性质。从房屋析产分单内容上分析，虽有子女及他人参与，但处分房产的当事人为所有权人梅建儒与石秀英；处分

的标的物为梅建儒与石秀英所有的房产；处分的结果为梅建儒与石秀英自愿放弃涉诉房产的所有权，并归梅永盛所有，且梅永盛捺印、盖章予以接受；现梅建儒虽已死亡，但石秀英及各当事人均认可加盖的“石秀英、梅建儒”印章真实。因此，该房屋析产分单名为析产分单，实为赠与合同，系梅建儒与石秀英将其房产无偿赠与梅永盛，梅永盛表示接受赠与的合同，且已办理产权登记变更手续，赠与行为已经完成。该合同除赠与人与受赠人外，其他人是否知情及是否同意均不影响赠与合同的效力。因此，梅永茂否认房屋析产分单上系其捺印，以不知情且侵犯其利益为由要求确认该赠与合同无效，没有法律依据，不予支持。对石秀英、梅永盛辩称应驳回原告诉讼请求的意见，予以采纳。一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决驳回原告梅永茂的诉讼请求。

梅永茂不服一审判决上诉称：一审判决认定房屋析产分单为赠与合同无事实依据，其应为分家析产协议；且房屋析产分单无证据原件，无法辨认上面所盖印章和手印的真假，应属于无效协议。山东省淄博市中级人民法院认为：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。据此判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案主要涉及“房屋析产分单”的性质及效力问题，这也是本案双方当事人争议的焦点所在。

从“房屋析产分单”的表面来看，其貌似分家析产协议，这也是原告梅永茂在本案中一直主张的观点。然而认真分析分家析产的概念，分家析产是分家与析产两个方面的结合。分家顾名思义是将一个较大的家庭根据分家协议分成几个较小的家庭，析产则是指家庭财产的共有人通过协议的方式将家庭共有财产予以分割，分属各共有人所有。由此可见，分家析产必须是家庭共有财产的共有人对家庭共有财产的分割。而本案中涉案房屋系石秀英与梅建儒的夫妻共同财产，而非各当事人的家庭共有财产。因此，涉案“房屋析产分单”虽名为析产，但实质系石秀英与梅建儒对夫妻共有财产的处分，并不符合分家析产协议的要件，不应认定为分家析产协议。“房屋析产分单”的内容是梅建儒与石秀英自愿放弃其共有房产的所有权，并将该房产所有权转移给梅永盛，系典型的赠与行为。

从涉案“房屋析产分单”的效力来看，石秀英与梅建儒作为涉案房屋的共有权

人，有权对涉案房屋进行处分，所有权人以外的人是否同意并不影响所有权人处分的效力。涉案“房屋析产分单”落款处石秀英及梅建儒的印章，各方当事人均认可其真实性，故应认定是石秀英与梅建儒的真实意思表示。石秀英与梅建儒自愿以赠与的方式将涉案房屋赠与被告梅永盛，这一行为并不违反法律、行政法规的强制性规定，该“房屋析产分单”是合法有效的。

编写人：山东省淄博市中级人民法院　荣明潇

山东省淄博市张店区人民法院　刘晓辉

二、储蓄存款合同

4

资金转入案外人账户是否符合国家相关规定

——吴某某诉上海浦东发展银行昆明严家地支行储蓄存款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昆明市西山区人民法院（2012）西法民初字第250号民事判决书

2. 案由：储蓄存款合同纠纷

3. 当事人

原告：吴某某

被告：上海浦东发展银行昆明严家地支行（以下简称严家地支行）

【基本案情】

2011年11月9日，吴某某到严家地支行开设银行账户，并申请开通了个人网上银行。吴某某自行设置了交易密码和查询密码。网上银行安全认证方式是动态密码，吴某某设定案外人周某的手机号码用以接收动态密码。严家地支行在个人网上银行业务单中告知吴某某，相关密码不可泄露给他人，通知手机号码不可设为他人手机号码，不可将短信内容告知他人，谨防诈骗。原告的网上银行开通后，2011年11月9日14时26分至29分期间，原告网上银行账户发出了两笔金额均为99000元的个人约定行内汇款。2011年11月10日13时37分至42分期间，原告网上银行账户设定了两笔金额均为100000元的个人约定行内汇款。上述4个交易指令的

生效时间均为11月12日、13日，终止时间均为12日、13日，收款人均为案外人姚某某。

2011年11月10日，原告修改了交易密码和查询密码，更改了通知手机号码。2011年11月10日16时左右，原告再次来到被告营业厅修改了交易密码和查询密码，最终注销了原告的个人网上银行，但之前在网上银行发出的四条交易指令并未随之终止。2011年11月10日17时，原告账户内存入200000元款项。2011年11月11日零时22分，上海浦发银行网上银行系统根据之前的两条个人约定行内汇款交易指令，分别将99000元、100000元的两笔款项转账至案外人姚某某账户。当天，原告向当地派出所报案。公安机关于2011年11月17日决定以诈骗案立案侦查。

另，原告的身份证号码也泄露给案外人周某。

【案件焦点】

浦东发展银行网上银行系统将原告账户内的199900元转入案外人账户是否符合国家相关规定，原告由此产生的财产损失是否由被告赔偿。

【法院裁判要旨】

昆明市西山区人民法院认为：网上银行是商业银行等银行业金融机构利用面向社会公众开放的通讯通道或开放型公众网络向客户提供的银行服务，是利用计算机和互联网开展的银行业务。提供网上银行服务的金融机构与用户之间必须约定采用何种技术手段作为识别、认证用户身份的方式，以保障网上银行交易的安全。原告选择动态密码进行安全认证，被告根据原告预留的固定密码、身份信息、客户号之间的不同组合通过动态密码认证的方式识别、确认原告身份。从原告将接收动态密码的手机预留为案外人周某的手机及公安机关立案侦查的事实看，上述四次交易指令确非原告本人发出，但案外人能够登录原告个人网上银行发出交易指令的事实也表明案外人掌握了原告个人网上银行所需的全部信息和密码。由于交易密码、查询密码系原告自行设置，接收动态密码的手机由原告自行指定，被告方工作人员没有掌握原告网上银行全部信息、密码的途径，也没有证据证明案外人周某是浦东发展银行工作人员或与浦东发展银行其他工作人员通谋。

个人网上银行用户的身份识别和认证是网上银行交易安全保障的关键环节。相关密码和信息的重要性及泄露信息、密码的风险不言而喻。原告开设网上银行时，

被告出具的业务回单中已经将网上银行密码和相关信息的重要性及安全风险告知原告。原告的个人网上银行由其自行使用管理，被告作为商业银行没有审查原告个人网上银行交易活动的义务。原告关闭个人网上银行时没有告知被告工作人员其动态密码、身份证号码泄露的情况，也没有授权被告工作人员查询其个人网上银行，被告无权主动查询、审核原告的交易信息。浦东发展银行网上银行用户发出交易指令前，必须接受相应协议条款约束。虽然原告个人网上银行发出的交易指令并非原告本人，但案外人掌握了原告个人网上银行的全部信息和密码，通过了浦东发展银行网上银行系统的身份认证和交易授权的安全程序。而被告不知晓这一情况，有理由相信相关交易指令系原告本人实施。因此浦东发展银行个人网上银行客户服务协议、章程、个人约定行内汇款功能说明与责任条款对原告具有法律约束力。《浦东发展银行个人网上银行客户服务协议》第六条约定，甲方个人网上银行注销手续办理完毕，本协议即为终止。协议终止并不意味着甲方在终止前所发生的未完成交易指令的撤销，也不能消除甲方因终止前的交易所应承担的任何法律后果。原告注销个人网上银行时没有撤销之前发出的4条交易指令。根据上述约定，四条交易指令仍然有效。2011年11月11日，被告根据生效的两条交易指令将原告账户内的199900元转入案外人姚某某的账户符合个人网上银行客户服务协议的约定。原告将安全认证的动态密码交给案外人周某掌握，泄露身份证号码，没有尽到安全防范与保密义务。原告也没有证据证明浦东发展银行网上银行系统存在安全隐患或被告存在违法、违规行为。依据浦东发展银行个人网上银行客户服务协议的约定，被告对原告自身原因产生的损失不负赔偿责任。

昆明市西山区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第十一条、第十三条、第四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百零七条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，参照《电子银行业务管理办法》第八十九条的规定，判决：

一、驳回吴某某要求上海浦东发展银行昆明严家地支行支付存款199900元及利息的诉讼请求。

二、案件受理费4298元，由吴某某承担。

一审判决作出后，当事人没有提起上诉，判决已经生效。

【法官后语】

随着社会的发展、技术的进步，我国各商业银行基本上取消了纸质存折的发放，代之以银行卡作为储户的存储工具，并提供网上银行服务。储户享受快捷、方便的银行服务的同时，其资金被人盗取、盗用的情况也明显增多，其资金、交易的安全性面临诸多风险。本案中，案外人利用原告的网上银行，以“个人约定行内汇款指令”将原告银行账户的资金转移，造成原告的财产损失。案外人的行为涉嫌刑事犯罪，但其犯罪行为与原被告之间合法的储蓄合同关系相对独立，不影响本案审理。

就原被告之间的储蓄合同而言，被告作为金融机构应当保障原告存款安全，如果系被告原因造成原告资金损失自然应当承担相应的民事责任。但本案的特殊性在于原告账户的资金是通过原告的个人网上银行转走。网上银行是现代网络技术、计算机技术飞速发展的产物，其交易方式迥异于银行的传统柜台业务，与银行卡业务也有较大区别。用户登录网上银行计算机系统进行银行、金融业务活动，其与银行之间的全部交易是通过电子数据完成的。对用户身份的识别、认证是保障交易安全最核心的内容。在目前的技术条件下，密码、数字证书或密钥是主要的身份识别手段，保护上述密码、密钥的安全是网上银行用户不可推卸的责任。被告在《开户申请书》、《个人网上银行业务单》、网上银行登陆界面明确告知了相关密码的重要性以及交易风险，履行了风险提示义务。原告将动态密码交由他人掌握，泄露了自己的身份证号码。虽然原告设置的其他密码泄露途径尚不明确，但原告的行为毫无疑问存在重大过错。在原告主动向第三方提供网上银行密码所造成的资金风险超出了被告的安全保障范围，而被告也没有其他过错行为的情况下，原告因自身原因造成的财产损失，被告不应当承担赔偿责任。

编写人：云南省昆明市西山区人民法院　武云

5

商业银行收取小额账户管理费是否合法

——王立民诉招商银行股份有限公司南昌分行储蓄存款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江西省南昌市中级人民法院（2012）洪民四终字第20号民事判决书

2. 案由：储蓄存款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：王立民

被告（被上诉人）：招商银行股份有限公司南昌分行（以下简称招行南昌分行）

【基本案情】

2003年4月，王立民在招行南昌分行处填写招商银行开立个人账户申请书，申请开立一卡通。招行南昌分行向王立民核发了一卡通银行卡。2006年5月至7月，招行南昌分行在王立民一卡通账户内扣除账户管理费3元。2005年4月30日，招商银行股份有限公司向中国银行业监督管理委员会（以下简称银监会）提交招银发（2005）196号《招商银行关于向个人收取账户管理费等情况的报告》，明确一卡通账号管理费1元/月。2005年8月1日，招行南昌分行发出《关于收取个人账户管理费的通告》，通知对在招商银行南昌分行同一身份证件名下同月日均金融总资产低于10000元人民币的个人账户按月收取账户管理费；一卡通账户管理费：1元/月。自2005年8月1日起进行计费，2005年9月5日前第一次收费。此通告张贴于招行南昌分行各营业网点公示。

【案件焦点】

1. 招行南昌分行收取账户管理费有无法律依据。2. 招行南昌分行收取账户管

理费在程序上是否合法。

【法院裁判要旨】

南昌市西湖区人民法院经审理认为：招商银行股份有限公司可以依法自行制定和调整对其客户收取小额存款账户管理费的标准。招商银行股份有限公司于2005年4月30日向中国银行业监督管理委员会提交《招商银行关于向个人收取账户管理费等情况的报告》，明确一卡通及存折账户管理费的收费标准为1元/月。该收费标准招商银行股份有限公司各支行已经在有关报刊上公告及其营业厅张贴公告，符合法定程序。王立民在招行南昌分行开立了储蓄存款账户，因此，王立民、招行南昌分行形成了储蓄存款合同关系，储蓄合同为《招商银行一卡通章程》，该章程属于格式合同。格式合同是由合同一方为了重复使用而在订立合同之前预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的合同。合同相对人并不参与合同的协商，只能对合同的提供者提供的格式合同概括地接受或不接受。王立民在招行南昌分行开立了账户，即为接受了招行南昌分行提供的储蓄合同条款。招行南昌分行通告收取账户管理费，是对王立民、招行南昌分行之间储蓄合同的变更。根据合同法的相关规定，当事人协商一致，可以变更合同。招行南昌分行变更其与王立民之间储蓄合同的内容时，虽然未与王立民进行协商，但格式合同的特殊性，银行服务对象的广泛性和不特定性及银行在服务交易过程中的主导性，决定了招行南昌分行可变更合同。因为银行业务担负的是公共服务职业，储蓄合同的相对方数量巨大，且极为分散，考虑到实际操作的难度和可行性，逐一与合同相对方协商并不现实，所以相关监管和主管部门对该收费项目及收费标准的审核、批准可以认为是代表广大储户与银行之间协商对合同内容进行变更。因此，在实施新收费项目和标准时，可采用不同于一般合同变更的方式。

南昌市西湖区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第三十九条、第六十条、第七十七条之规定，作出如下判决：

驳回王立民的诉讼请求。

王立民持原审起诉意见提起上诉。江西省南昌市中级人民法院经审理认为：王立民与招行南昌分行于2003年4月订立的储蓄合同中虽没有关于收取账户管理费的约定，但此后各商业银行均开始收取账户管理费，考虑到双方签订的储蓄合同的特殊性，银行服务对象的广泛性和不特定性以及银行在服务交易过程中的主导性，

招商银行股份有限公司将账户管理费收取标准，于执行前10个工作日在相关营业场所或其网站公告，已保障了储户的知情权和选择权，应视为对储蓄存款合同的有效变更。

江西省南昌市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案系储蓄存款合同纠纷，涉及的主要法律问题是商业银行小额账户管理费的合法性。

商业银行小额账户管理费，指的是商业银行向计算周期内日均余额低于该银行确定的小额账户标准的活期存款账户（含储蓄存折和借记卡）收取的管理费用。根据其费用性质，小额账户管理费的价格属于《价格法》第二条第四款规定的服务价格。根据《价格法》第四条，我国的服务价格实行市场调节价和政府指导价或政府定价相结合的原则，大部分服务价格系市场调节价，极少数为政府指导价或政府定价。依照《商业银行法》第五十条的规定，中国银行业监督管理委员会会同国家发展和改革委员会共同制定颁布了《商业银行服务价格管理暂行办法》。依据《商业银行服务价格管理暂行办法》第七条的规定，商业银行收取小额账户管理费，实行市场调节价，即商业银行有权依照《价格法》第十一条的规定，依照法定程序自主制定小额账户管理费收费标准并对符合标准的对象收取该费用。可见，招商银行向持有小额账户的储户收取小额账户管理费，具有法律依据。

本案中，储户一方提出招商银行收取小额账户管理费系未经协商擅自变更合同内容，属于违约行为，侵害了其合法权益。对此应当考虑到，商业银行的服务对象即储户为不特定的自然人或法人，数量庞大且分布广泛，如要求商业银行与每一位储户进行协商后才能变更服务收费标准，社会成本巨大，而且也是难以实现的。本案中，招商银行于2005年8月1日向储户收取小额账户管理费，在此之前，其总行已于2005年4月30日向银监会提交相关报告，其各分支机构也已经在报刊进行公告和在营业网点张贴公告，已经履行了《商业银行服务价格管理暂行办法》第十二条、第十三条、第十四条规定的定价程序义务；同时，其确定的1元/月的收费

标准，充分考虑了储户的承受能力，符合《商业银行服务价格管理暂行办法》第九条的要求。故招商银行收取小额账户管理费，其程序亦不违法。

编写人：江西省南昌市中级人民法院　马龙

6

自助签约是否与书面合同具有同等效力

——刘丹丹诉兴业银行股份有限公司武汉建设支行储蓄存款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中民二终字第00047号民事判决书

2. 案由：储蓄存款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：刘丹丹

被告（被上诉人）：兴业银行股份有限公司武汉建设支行（以下简称兴业银行建设支行）

【基本案情】

2010年9月14日，刘丹丹与兴业银行建设支行签订了两份《家庭理财卡领用合约》，分别办理了尾号为916和414的两张储蓄卡。916卡开通了“网上支付”和“网上不定项转账”功能，并申请了“网上银行证书”（即U盾），414卡开通了“网上交易短信保护”和“网上不定项转账”功能。当日，夏某受刘丹丹委托利用U盾通过网上银行开通了916卡向案外人“成新”名下2041卡的“电话银行定向转账”功能。同日，刘丹丹曾用自己的手机四次主叫号码为1371207××××的机主，该机主通过兴业银行95561自助语音服务，修改了916卡的取款密码，并几次查询916卡的账户余额。2010年9月15日，刘丹丹向414卡内转入资金500000元，1371207××××机主通过95561自助语音服务查询414卡的账户余额，

并两次修改了414卡的取款密码。当日，1371207××××机主曾两次拨打过刘丹丹的手机号码。当晚20点左右，1371207××××机主拨打95561人工坐席关闭了414卡的“网上交易短信保护”，并查询到414卡内有500000元。当晚23点27分时，137××××2023机主再次拨打95561人工坐席，在核对卡号、客户姓名、刘丹丹身份证号和取款密码成功后修改了916卡和414卡的系统留存电话，并开通了从414卡向916卡的“电话银行同名账户定向转账”功能，日限额为400000元。当晚23点44分，1371207××××机主拨打95561人工坐席从414卡转账190000元到916卡。此后该机主又通过95561自助语音服务于当晚从414卡分别转账50000元、160000元到916卡上，并多次从916卡转款到户名为“成新”的2041卡上，合计转款金额400000元。“成新”卡上的400000元又于2010年9月15日多次以不同金额转出。湖北移动无法查询1371207××××机主登记的身份信息。2010年9月16日，刘丹丹拨打110电话报警，夏某取出了414卡中剩余的100000元。9月17日，刘丹丹关闭了从414卡到916卡的“电话银行同名账户定向转账”功能。9月20日，刘丹丹委托夏某拨打95561口头挂失了414卡、916卡。2010年11月22日刘丹丹撤销报案。

《家庭理财卡领用合约》约定：本卡凭交易密码支取，所有通过交易密码发出的交易指令均视为申领人本人办理；申领人可开通电子渠道的支付功能。申领人同意兴业银行可以根据业务需要增加、取消或调整通过各电子渠道开通的业务品种，除银行要求需要到柜台网点办理确认的功能外，已开立的账户自动享受新的功能服务；申领人经电子渠道形成的表达履行本协议意思的电子数据信息（包括客户指令、业务交易结果），具有与书面合同等同的效力。合约还约定了其他内容。

【案件焦点】

兴业银行通过电话银行方式开通银行卡的新增功能是否存在违约。

【法院裁判要旨】

武汉市江岸区人民法院认为：刘丹丹与1371207××××机主多次通话，该机主知晓刘丹丹的取款密码等重要信息，则可以推定刘丹丹未能妥善保管账号、密码等信息，存在过错，应自行承担责任。关于对刘丹丹通过U盾登陆网银开通916卡到2041卡的电话银行定向转账功能，银行方面对此的答复是兴业银行的操作不存

在过错，也没有违约。兴业银行并未规定关闭“网上交易短信保护”功能、修改系统留存电话及开通同名账户电话银行定向转账功能必须要到其网点办理确认，且工作人员在核对卡号、取款密码、客户姓名、刘丹丹身份证号等信息后进行上述操作，尽到了必要的审慎义务，没有过错。兴业银行对刘丹丹400000元的损失不具有过错，也没有违反双方的约定，故不应承担违约责任。故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百二十八条，判决驳回刘丹丹的诉讼请求。

刘丹丹上诉。武汉市中级人民法院审理认为：客户在柜台办理银行卡时没有申请开通的功能，并不代表以后就不能通过电子协议的方式申请开通。《家庭理财卡领用合约》规定了电子协议与书面合同具有同等效力。电话开通同一持卡人账户之间的转账功能是银行提供的一种便捷服务，与银监会要求严格自助类转账、防范风险、预防犯罪的宗旨并不矛盾。客户自行通过U盾在网上银行开通异名账户之间的转账功能亦不违反人民银行的规定。“网上交易短信保护”与电话银行转账并无直接关联性。根据《家庭理财卡领用合约》的规定，系统留存电话可以依据客户要求更改。兴业银行并未规定关闭“网上交易短信保护”和修改系统留存电话必须要到柜台办理。兴业银行在电话银行转账过程中并不存在违约行为，而13712072023机主知晓刘丹丹的身份证号、银行卡号、账户密码，况且刘丹丹与其多次通过电话，因此对于账户密码的泄露，刘丹丹负有责任。

武汉市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案审理的重点在于对自助签约（即电子合同）效力的认定。我国合同法第十一条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”由此可见，我国法律确认合同可以采用电子手段缔结。而本案《家庭理财卡领用合约》中约定了“乙方经电子工具及互联网络和甲方电子银行系统连接相互传送各种符号、数字、字母等形成表达履行本协议意思的电子数据信息（包括客户指令、业务交易结果），具有与书面合同等同的效力”，这说明双方明确约定了刘丹丹可以通过电子渠道用自助签约的方式与兴业银行达成新的合同，且与书面确认具有同等效力。刘丹丹与

兴业银行之间实际上形成了包含传统书面合同与电子合同在内的多个合同关系。兴业银行通过电话银行方式开通刘丹丹银行卡的新增功能，正是双方之间电子协议内容的体现。因此，本案不能仅看《家庭理财卡领用合约》的约定，还应该将电子协议的内容一并纳入审查，才能得出正确的结论。

需要注意的是，这种不经过柜台书面确认，只通过电子渠道达成协议的方式，在带来高效便捷的同时确实隐含着较高的风险，因此，是否采取这种服务方式应首先由客户与银行在合同中予以明确的约定。若双方约定使用自助签约的，符合法定条件或者约定条件的自助签约就应该与书面合同具有同等的法律效力；若约定不使用自助签约的，交易过程中出现的自助签约就不产生相关法律效力。

编写人：湖北省武汉市中级人民法院　刘畅

7

客户对银行是否存在违约行为的举证责任

——袁志平诉中国农业银行股份有限公司上海闵行支行储蓄存款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民六（商）终字第25号民事判决书

2. 案由：储蓄存款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：袁志平

被告（被上诉人）：中国农业银行股份有限公司上海闵行支行（以下简称农行闵行支行）

【基本案情】

原告于2011年10月26日到农行水清路支行柜台办理了银行卡，同时存入90000元，并购买了农行二代K宝。次日11时03分左右，原告在农行闵行支行开

通网上银行，下载电子证书，设置K宝密码，之后K宝一直在其身边，密码也只有原告自己知道。同日11时58分，原告收到农行短信，提示其账户通过网上银行转账89900元，并发生交易费20元。原告即拨打农行95599客服电话，表示其没有在网上银行转账。同日14时45分许，原告至派出所报案，称："在2011年10月初收到一条无抵押贷款短信，信以为真，与对方联系后，通过农业银行网银按对方要求操作办理手续，后收到手机扣款提示，发现上当，故报案。"并提供对方电话和QQ号。原告报案后，公安机关一直没有立案处理。原告诉至法院，称被告有责任确保原告的存款安全，现原告资金在原告不知情的情况下被划走，责任完全在被告，请求法院判令被告赔偿其资金损失，以及因资金损失造成其精神受到极大打击所产生的精神损失。

后查明，原告的资金转至户名为张某的农行异地卡，原告称并不认识张某。

原告购买的第二代K宝是农业银行开发的网上银行身份验证工具，根据原告提供的二代K宝使用说明显示，初次使用需要下载证书，设置密码。网银交易操作时，需要完成以下步骤：首先将下载好证书的K宝连接电脑，打开中国农业银行网页；接着需要以预先设置的密码完成验证；最后在交易操作前，核对K宝显示屏上的账户、金额等信息，按OK键确认操作。

【案件焦点】

1. 在网银转账过程中，被告有无违约的情况，即被告有无违背原告的意志将资金转给他人；2. 客户依据储蓄存款合同要求银行承担违约责任时，是否需对银行存在违约行为承担举证责任。

【法院裁判要旨】

上海市闵行区人民法院认为：原告在农业银行处开通账户，与农业银行存在合法有效的储蓄存款合同关系，原、被告均应当按照合同约定履行义务。原、被告均确认原告的资金是在2011年10月27日11时50分左右通过原告的网上银行转账的，双方对具体的操作人有争议，原告否认自己为操作人，被告认为是原告自行操作或泄露密码后被别人盗用，故认定本案网银转账的实际操作人是解决争议焦点的关键。

法院认为网银转账的实际操作人是原告。首先，根据原告使用的网银操作流

程，在原告已经完成了网银注册并设置了K宝密码的情况下，完成转账行为有三个关键步骤：插入K宝，输入K宝密码，按K宝上的OK键，这三个步骤都需要使用K宝。农行第二代K宝是一种身份认证工具，通过物理介质和密码设置双重控制来锁定网银操作人身份，确保是由本人操作。在转账行为发生期间，K宝一直没有离开原告控制，密码也只有其一个人知道，在没有K宝就无法完成转账的情况下，本案的转账行为只能由占有K宝的人，即原告操作。

其次，原告在2011年10月27日报案时的陈述也能印证其为实际操作人。原告虽然认为接报回执单上记载内容与其实际陈述不一致，但是该回执单为处于中立地位的公安机关出具，在没有其他证据证伪的情况下理应得到采纳，故对原告报警时的陈述应以接报回执单的记载为准。根据接报回执单显示，原告在报案时称“其信以为真，与对方联系后……通过农业银行网银按对方要求操作办理手续，后收到手机扣款提示，其发现上当”。由此可见，本案实际是由原告收到诈骗短信所引起的，其当天的网银操作也是按照诈骗分子的要求所为的，操作之后“发现上当”。故原告是受到诈骗分子欺骗，错误进行了转账操作。需要指出的是，原告在一审起诉时和第一次庭审时，均隐瞒了其报案的事实，直到被告提供接报回执单后，原告才向法庭陈述了其收到诈骗短信的经过，但也没有提供其收到的公安机关报案回执。

最后，根据原告2011年10月27日当天几次操作的网络IP地址显示，11时03分、11时54分和11时56分的三次操作都是同一个IP地址。原告承认了11时03分的操作是在农行闵银支行进行，故可以推断出后两次操作也是在公司内完成，这也与原告所称的11时03分至11时58分收到短信提示之间均没有使用过网银的陈述不符。

综上，在原告否认其为实际操作人，且被告也没有直接证据指出实际操作人的情况下，结合K宝网银转账的流程要求、原告的报案陈述、原告遭受短信诈骗的经过以及网银操作IP地址等证据综合考察，可以确定原告为网银转账的操作人，被告依据原告的操作完成网银转账并无过错，原告缺乏足够证据证明被告在网银转账中存在违约情况，故对其诉讼请求难以支持。

上海市闵行区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决驳回原告袁志平的诉讼请求。

袁志平不服一审判决提起上诉。上海市第一中级人民法院经审理认为：储蓄存款合同关系中，客户将钱款存入金融机构后，相应钱款的所有权即转移至金融机构所有，客户则依据金融机构发放的存款凭证对金融机构享有相应的债权；鉴于此时相应钱款的所有权已发生转移，客户与金融机构间实质系债权债务关系而非保管关系，现上诉人主张被上诉人应承担此种保管义务并构成违约，缺乏法律依据，不予采信。

当然，客户依据储蓄存款合同关系对金融机构享有的债权属其合法权益，金融机构对此种权益亦有妥善管理和保护的义务，如有违约，亦应承担相应民事责任。但本案中，上诉人仅能举证证明其账户内的资金被转出，并未举证证明此种转出行为系由被上诉人的行为所导致，故在现有证据条件下尚无法认定被上诉人存在积极的违约行为。另一方面，金融机构在合同履行过程中可能存在不履行的消极行为，从而导致违反上述义务，但本案中相关网络程序的操作均由上诉人本人完成，上诉人事后亦向公安部门陈述其系基于案外人的要求进行相应操作，即本案中存在诈骗犯罪的嫌疑，在此情况下，鉴于被上诉人作为金融机构并无阻止犯罪的法定义务，故亦难以认定被上诉人存在消极违约的情形。上诉人的相关主张，缺乏事实依据，亦不予采信。

上海市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

网上银行转账业务是时下流行的电子银行业务，该业务在方便人们生活的同时也因为其“非面对面”的操作模式造成客户与银行之间的纠纷增多。这类纠纷的主要特征为客户的银行存款在其不知情时被他人受领，客户向受领人追偿未果，则追究银行的责任。

1. 关于此类纠纷的请求权基础

从学理上分析，此类纠纷中客户的请求权基础存在竞合，既可以依据储蓄存款合同追究银行的违约责任，也可以因银行的过失追究其侵权责任。对于客户来说，选择不同的请求权基础产生的法律效果不同，如果选择侵权基础，需要证明银行的过失以及银行行为与损失结果之间的因果关系，后果处理时也要遵循过错相抵规

则；如果选择违约责任基础，客户只需证明银行的违约行为，银行在结果的承担上也是“全有或全无”，并不存在过错相抵的可能性。显然对于客户来说，选择违约作为请求权基础对其更有利，本案的原告就是这样选择的。

2. 双方举证责任之分担

储蓄存款合同不是合同法分则予以特别规定的有名合同，应当遵照合同法总则的规定并参照分则中相似合同的规定。从举证责任角度，需依照“谁主张谁举证”的基础原则来分配举证责任。依照违约案件思路，客户与银行之间的关系为：首先客户依据储蓄存款合同要求银行履行给付义务，对此银行提出其已经清偿完毕；接着客户需证明银行的债务履行是向无受领权限之第三人清偿，即银行的履行违背了客户的意志；这时银行已构成违约责任，其最终抗辩就要从合同法总则中对违约责任排除的特别规定中着手，如受领第三人为债权准占有人，或者第三人符合表见代理的情形，故银行虽然向客户以外的第三人清偿，也不构成违约。本案中袁志平首先需要证明的是银行的违约情形，即银行的转账违背了袁志平的意志，法院因为其无法完成此举证责任驳回其诉请。

3. 事实推定

本类案件在事实查明方面有一个突出特点就是对于事实推定手段的运用。由于客户和银行并不是发生面对面的业务操作，实际操作的情形难以通过有效证据直接证明，故法官需要重视《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条第一款第（三）项的规定：“下列事实，当事人无需举证证明：……（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实。”这种证明手段以经验法则为基础，以高度盖然性为证明标准。比如客户想要证明银行的清偿行为违背其意志时，可以通过证明当时其不在清偿行为发生的城市而不可能实际操作来推定。在本案中即多次运用了事实推定来查明事实：一、基于K宝的身份验证功能和银行转账的操作流程认定袁志平的网银转账必须由实际占有K宝并掌握密码的人才能操作，故推定袁志平为本案相关网络程序的实际操作人；二、根据当天袁志平承认的网络操作的IP地址与其否认的转账操作的IP地址为同一地址，推定这几次操作均是在同一个地点完成；三、根据袁志平隐瞒的公安报案事实以及接报回执单上的陈述，推定本案存在袁志平被诈骗而误操作的可能。

编写人：上海市闵行区人民法院　茅建中

8

金融机构是否有权以自行扣收的方式实现超过诉讼时效的债权

——王本圣诉沂源县农村信用合作联社储蓄存款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2012）淄商终字第29号民事判决书

2. 案由：储蓄存款合同纠纷

3. 当事人

原告：王本圣

被告：沂源县农村信用合作联社

【基本案情】

原告王本圣分别于2000年10月23日、2004年1月19日向被告沂源县农村信用合作联社借款64000元、28000元，借款到期后没有及时归还借款本息，被告先后于2004年5月27日、2005年12月14日向原告催收64000元贷款本金。2008年7月16日，原告在被告分支机构岳庄信用社开立账户，2011年1月15日被告从该账户扣收69263.59元。原告于2011年3月21日到该社提取存款时，发现在没有原告授权或亲自办理取款业务的情况下，该款已由被告支出。原告认为被告的行为已严重违反了银行法及相关规定，为维护自身合法权益，请求法院依法判令被告归还存款69263.59元及利息；判令被告承担诉讼费用及其他费用。而被告则主张原告分两次从被告处贷款共计本金92000元，该款至今未归还，根据双方签订借款合同的约定，被告于2011年3月从原告的存款账户中扣除，该行为不仅符合双方所签订合同的约定，而且并不违反法律的禁止性规定，故原告的诉讼请求不能成立。

【案件焦点】

金融机构是否有权以自行扣收的方式实现超过诉讼时效的债权。

【法院裁判要旨】

淄博市博山区人民法院认为：原告尚欠被告借款本金92000元及相应利息事实清楚，证据充分，但被告没有提供证据证明在诉讼时效内向原告主张权利，也未提供证据证明发生诉讼时效中止、中断的事由，因此应承担举证不能的后果，其对原告的债权已超过诉讼时效。虽然借款合同中约定债务人到期不履行债务时债权人有权从其账户中扣收，但是被告对到期债权通过自行扣收的方式进行自力救济，应当是在法律保护的债权请求权有效存续期间内。被告在债权超过诉讼时效的情况下从原告存款账户中扣款，没有法律依据，违反了储蓄存款合同的约定，故被告应向原告返还存款69263.59元并赔偿扣款期间产生的利息损失。在诉讼过程中，原告自愿撤回要求被告赔偿利息损失的诉讼请求，系自主处分权利，且不违反法律规定，予以支持。

淄博市博山区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、《中华人民共和国民法通则》第五条、第一百三十五条之规定，判决被告沂源县农村信用合作联社自判决生效之日起十日内向原告王本圣返还存款69263.59元。

一审宣判后，被告沂源农信联社不服，提起上诉。二审审理认为，上诉人在诉讼时效期间届满后扣划被上诉人款项的行为违反了商业银行安全性经营原则，并侵害了被上诉人"取款自由"的权利，且《贷款通则》等规定并未允许商业银行扣划超过诉讼时效期间的账户资金，上诉人的上诉理由没有法律依据，不能成立，不予支持，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对于金融机构是否有权以自行扣收的方式实现超过诉讼时效的债权，审判实践中存在两种观点。

第一种观点认为，超过诉讼时效的债权，消灭的仅是"强制保护权"，实体债权仍然存在，债权人有权实行私力救济。而且，从利益归属上讲，原告作为借款人实际拖欠被告的借款92000元也是事实，如果不允许被告通过私力救济的方式主张债权，那么会导致作为借款合同违约方的原告，不仅没有因为违约行为受到制裁，

反而免除了债务，成为受益方，这显然违背了诚实信用原则，同时也会对社会公众产生消极的影响。因此，应当驳回原告的诉讼请求。

第二种观点认为，金融借款合同与储蓄存款合同均依法成立，合法有效，当事人应当按照合同的约定行使权利和履行义务。被告作为借款合同的债权人，在借款合同到期后原告未履行还款义务的情况下，应当通过诉讼、自行扣收、催告等方式积极行使清收债权的权利。但被告除在2004年5月27日、2005年12月14日向原告催收64000元借款本金外，直至2011年长达6年的时间内没有向原告主张过债权，已经超过诉讼时效，不受法律保护，而且被告也未提供原告确认承担超过诉讼时效的债务的相关证据，故被告既不能依照借款合同的约定进行扣收，也不能行使抵销权。被告应当按照储蓄存款合同的约定，向原告及时支付存款本金及利息。因此，应当支持原告的诉讼请求。

笔者同意第二种观点，主要基于以下理由：

1. 金融机构自行扣收

关于金融借款合同中金融机构自行扣收贷款本息的规定，主要依据有两个文件，一是1996年8月1日中国人民银行制订的《贷款通则》，该通则第二十二条第四项规定了贷款人“依合同约定从借款人账户上划收贷款本金和利息”的权利。二是2000年6月15日中国人民银行制订的《加强金融机构依法收贷、清收不良资产的法律指导意见》，该意见第一条规定了金融机构可以采取以下法律措施，对逾期贷款进行催收：（一）有约定的，直接从借款人或保证人的存款账户上扣收款项；……（五）行使撤销权……上述两个文件，是中国人民银行关于加强金融机构依法收贷、提高金融机构资产质量的管理措施，而且在上述两个文件中，都特别强调了“依合同约定”，说明直接从借款人或保证人的存款账户上扣收款项必须是根据当事人双方的约定，即属于当事人意思自治的范畴。因此，我们应当明确，从合同法的角度讲，在不违反法律强制性规定的情况下，尊重当事人的意思自治，只要是当事人在借款合同、保证合同中有“贷款人有权从借款人或保证人的存款账户上扣收借款本息”的明确约定，那么银行等金融机构直接扣收是有法律依据的。

2. 储蓄存款合同

在本案中，原告与被告之间还存在储蓄存款合同，即2008年7月16日，原告在被告分支机构岳庄信用社开立账户。依据《商业银行法》第二十九条第一款

“商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则”和第三十三条“商业银行应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息”的规定，原告向被告要求支付存款本息时，被告应当及时支付。

3. 关于两个债权关系的处理

基于以上分析，原告有向被告主张支付存款本息的权利，而被告有权向原告通过自行扣收方式主张贷款本息的权利，那么，这两个债权该如何保护呢？笔者认为，诉讼时效的设定，是为了督促债权人及时行使权利，最大限度矫正受到侵害的债权，确保经济交易和社会秩序的有效良性运行，在于向社会传达一种信息，法律不保护躺在权利上睡觉的人，如果不及时行使法律赋予的权利，那么就要面临利益受损的后果。因此，虽然原、被告在借款合同中约定了被告有权自行扣收的权利，但是因借款合同是采用格式条款订立的，被告作为提供格式条款的一方，应当采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方要求对该条款予以说明。在被告不能提供证据证明已经向原告就自行扣收的条款作了明确说明的情况下，在双方就合同条款理解发生争议的情况下，我们认为应当对被告自行扣收的期限加以限制，即被告应当在诉讼时效期间内对逾期贷款本息进行自行扣收，如果超过了诉讼时效，被告应当提供证据证明原告自愿承担债务，此时其关于自行扣收的合同约定仍然是有效的。本案中，被告无法证明自行扣收的私力救济符合法律规定和合同约定，因此应当按照储蓄存款合同的约定，及时向原告返还存款本金和利息。

编写人：山东省淄博市博山区人民法院　高苗苗

三、租赁合同

9

管理性强制性规定与效力性强制性规定的区别

——赵军辉诉浙江现代商贸物流发展有限公司房屋租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭民终字第114号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：赵军辉

被告（被上诉人）：浙江现代商贸物流发展有限公司（以下简称现代公司）

【基本案情】

2009年11月4日，赵军辉与现代公司签订营业房租赁合同，约定由赵军辉承租现代公司位于杭州农副产品物流中心的副食品市场的2号市场1楼2—1—130、198、199号三间营业房，租赁期限一年，时间自所在市场正式开业当天起计算，年租金36278元。根据该租赁合同约定，赵军辉与现代公司委托管理市场的浙江食品市场另行签订营业房管理合同一份。合同签订当天，赵军辉支付了租金及其他费用。2009年12月份赵军辉对所承租的营业房进行了装修。合同期届满后，双方未再续签租赁合同。

另查明，现代公司举办的副食品交易市场2号市场于2009年12月28日正式开

业，该市场建设工程经杭州市公安消防局进行消防验收，杭州市公安消防局于2011年10月8日向现代公司出具了工程消防验收合格的意见书。

【案件焦点】

未通过消防验收情况下签订的租赁合同的效力如何确定。

【法院裁判要旨】

杭州市余杭区人民法院经审理认为：赵军辉、现代公司之间的房屋租赁合同系当事人的真实意思表示，且合同租赁期限已届满。现赵军辉以现代公司开办市场的建设工程未经消防验收，违反法律的强制性规定为由，要求认定双方租赁合同及管理合同无效。但现代公司2号市场的建设工程在本案法庭辩论终结前已经消防验收合格，且原现代公司之间的租赁合同已经届满，赵军辉主张租赁合同无效已没有必要。

杭州市余杭区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作出如下判决：

驳回赵军辉的诉讼请求。

赵军辉以一审判决认定事实不清，适用法律错误为由提起上诉。杭州市中级人民法院认为：原审法院根据现代公司提交的《杭州市公安消防局建设工程消防验收意见书（杭公消2011第0262号）》，作出现代公司开办的副食品交易市场2号市场已于2011年10月8日经消防验收合格的事实认定，符合证据所反映出的客观情况，故对赵军辉针对事实认定提出的上诉理由不予支持。同时，原审法院鉴于现代公司的上述工程项目在本案的法庭辩论终结前已经消防验收合格，且双方之间的租赁合同也已经实际履行，故认定赵军辉与现代公司之间的租赁合同有效，并无不妥，故二审法院亦不支持赵军辉针对合同效力提出的上诉请求。

杭州市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第（一）款，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理焦点为合同效力是认定有效还是无效的问题。我国《民法通则》第五十八条将违法的民事行为一律认定无效；《合同法》第五十二条第五项将合同无效

限制在违反法律、行政法规的强制性规定；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第四条将判定合同无效的法律、行政法规限制为全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，排除了直接援引地方性法规和行政规章作为判断合同无效的依据；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条更是进一步限定只有违反效力性强制性规范规定的合同，才能被认定为无效。

我国《消防法》第十三条和《建设工程消防监督管理规定》第十三条第（三）项规定，建筑总面积大于一万平方米的宾馆、饭店、商场、市场等人员密集场所，建设单位在工程竣工后，应当向公安机关消防机构申请消防验收，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用。对上述规定，应从出于行政管理和建筑物使用安全的角度考虑，认定为管理性的强制性规定。同时，近年来，最高院对《合同法》履行中出现的问题，尝试在司法解释中通过对无效合同进行补正的形式加以改进。如《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定："出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效，但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。"

涉案租赁合同标的物在合同订立时未经消防验收，具有一定的违法情节，但在一审法庭辩论终结前验收合格，违法情节已消失，且合同已经履行完毕，根据合同自由、当事人意思自治等合同效力制度价值的考量，应充分尊重和保护当事人的意思自由，不应再认定为合同无效。否则，对于保护交易安全和维护诚信的交易秩序均是无益的。

本案所涉市场内同类商铺有300余间，之前已有部分商户因租赁合同纠纷向政府部门及新闻媒体反映过类似诉求，本案审理引起了众多商户（承租人）的关注，案件最终认定租赁合同有效，稳定了市场的正常经营，较好地实现了审判的法律效果和社会效果的统一。

编写人：浙江省杭州市余杭区人民法院　李如兴　付春杰

10

隐名间接代理诉讼的主体资格问题

——天津中孚物流有限公司诉天津市宏益木业有限公司、天津市河东区东兴汽车修理厂租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市东丽区人民法院（2012）丽民初字第260号民事判决书

2. 案由：租赁合同纠纷

3. 当事人

原告：天津中孚物流有限公司（以下简称中孚物流）

被告：天津市宏益木业有限公司（以下简称宏益木业）、天津市河东区东兴汽车修理厂（以下简称东兴汽修）

【基本案情】

天津市东丽区程林庄道211号厂房及场院（即本案标的物）的土地使用权人、房屋所有权人为天津市服装进出口公司程林庄仓库（以下简称程林庄仓库），一直由宏益木业租赁使用。2002年8月23日，程林庄仓库并入中孚国际，取消独立法人资格，其财产转归中孚国际所有。2003年始程林庄仓库停止各项经营活动，之前一直由程林庄仓库与被告宏益木业签订租赁合同。2004年11月4日，程林庄仓库被吊销营业执照。2003年6月4日，中孚国际委托本案原告中孚物流办理本案标的物的租赁事宜，权限包括但不限于：以中孚物流自身名义对房屋、院落进行出租，签订相关协议，收取租金以及进行相关诉讼、仲裁等。自此，原告中孚物流以自己的名义继续与被告宏益木业签订租赁合同，租期均为一年，每年签订一次合同。合同履行期间，被告宏益木业均向原告履行了给付租金及其他相关费用的义务。被告宏益木业在使用租赁的房屋及场院时，在厂房内自行建造了部分厂房，并将一部分

厂房转租给被告东兴汽修使用。2009 年 12 月 25 日，原告中孚物流与被告宏益木业签订了涉案租赁合同，该合同是双方签订的最后一份租赁合同，租期为一年，自 2010 年 1 月 1 日起至 2010 年 12 月 31 日止，合同对租金等也进行了约定。合同履行期间，被告宏益木业依约向原告中孚物流履行了合同义务。2010 年 9 月 29 日，原告中孚物流向被告宏益木业发出通知，告知被告宏益木业合同到期后不再续租，要求被告宏益木业于 2011 年 1 月 31 日前搬出。被告宏益木业接到通知后一直未搬离租赁场所，其向原告中孚物流交纳租赁原告未再收取。2011 年 12 月 22 日，原告中孚物流向天津市东丽区人民法院提起诉讼，要求判令被告宏益木业、被告东兴汽修立即自租赁场所搬出，恢复原状交原告使用，并要求二被告支付 2011 年 1 月 1 日至 2011 年 12 月 30 止的房屋占有使用费 19 万元。本案诉讼过程中，中孚国际于 2012 年 4 月 16 日向本院出示情况说明一份，说明程林庄仓库的并入情况和停止经营时间，并授权原告负责处理租赁过程中的纠纷，对原告在本案中各项行为予以认可。

【案件焦点】

在原告中孚物流与被告宏益木业签订的租赁合同到期，而被告宏益木业与第二承租人东兴汽修拒不搬出的情况下，原告中孚物流以自己的名义来主张权利是否适格。

【法院裁判要旨】

天津市东丽区人民法院经审理认为：原告中孚物流与被告宏益木业签订的《房屋租赁合同》系双方真实意思表示，未违反法律、法规的强制性规定，为有效合同。中孚物流受本案标的物的实际权利人中孚国际的委托以自己的名义签订合同（授权内容还包括主张权利的实体资格），符合法律规定，是适格的合同当事人，有权行使合同约定的权利。且宏益木业抗辩在订立合同时不知道原告中孚物流与中孚国际的委托关系，该合同亦应直接约束中孚物流与宏益木业，原告亦有权起诉主张权利。故二被告提出的原告不具有主体资格的抗辩意见不予采纳。

天津市东丽区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第二百三十五条、第四百零二条，判决：

一、宏益木业、东兴汽修于判决生效后三个月内搬离天津市东丽区程林庄道

211号租赁场所。

二、宏益木业在上述期间内将自建房屋予以拆除。

三、宏益木业于判决生效后十日内给付中孚物流房屋占有使用费19万元。

【法官后语】

在大陆法系国家，一般只承认以被代理人的名义与第三人为民事法律行为，法律效果归属于被代理人的直接代理法律制度。但在外贸经营中，却长期存在作为代理人的外贸出口公司以自己的名义，而非被代理人的名义进行代理的行为，这就是间接代理。我国合同法为适应外贸代理的发展，借鉴《国际货物销售公约》第十二、十三条的规定，正式承认了间接代理制度，《合同法》第四百零二条、四百零三条即是这种制度的体现。而隐名间接代理制度作为间接代理制度的一种情形，实际上是指英美法系国家的未披露本人代理，这种情况下，代理人在订立合同时根本没有披露有代理关系的存在，而且以自己的名义与第三人订立合同，实际上就是把自己置于本人的地位同第三人订立合同，所以，代理人应当承担合同的法律责任，亦可主张相应的法律权利。

本案中，中孚物流虽受中孚国际的委托，但实际以自己的名义与宏益木业签订了合同，符合《合同法》第四百零二条但书和第四百零三条的规定，契合了隐名间接代理的构成特征。承认中孚物流的主体地位，严格遵守了合同的相对性原则，充分尊重了当事人的意思自治，保障了实质上交易双方的利益。以合同实际履行双方为合同争议双方，更有利于案件事实的查清，简化了诉讼，提高了办案效率，节省了司法资源，实现案结事了的法律效果。

编写人：天津市东丽区人民法院　韩得震

11

合同在企业被吊销营业执照后的履行

——融安县人民政府水利局诉融安县茂财商贸有限责任公司房屋租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区柳州市融安县人民法院（2011）融民二初字第52号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告：融安县人民政府水利局

被告：融安县茂财商贸有限责任公司

【基本案情】

2007年11月23日，原告融安县人民政府水利局与被告融安县茂财商贸有限责任公司签订了一份房屋租赁合同。融安县人民政府水利局（甲方）将水电招待所一楼三间门面及二、三、四楼整楼出租给融安县茂财商贸有限责任公司（乙方），租赁时间从2007年11月1日至2012年10月31日，租金为每月10200元，每月10日前交纳。乙方主要义务有：1. 按时足额交纳租金；2. 乙方合同期内不再租赁须提前一个月告知甲方，方可终止合同，不准私自转让；3. 乙方必须爱护租用的房屋财产，不得随意改修和损坏，如需装修改变房屋结构应征得甲方同意方可施工，人为造成的损坏及渗漏由乙方自行修补。签订合同后，双方都各自履行了义务。2008年7月17日，被告与第三人陈某签订了一份联手经营协议书，双方共同出资200000元合作经营“麦香村饼屋”，以被告承租的水电招待所一楼的一间门面作为经营场所。2008年9月8日，第三人陈某以“麦香村饼屋”为字号到融安县工商

行政管理局进行了个体工商户注册登记，并于同日开业经营至今。2009年6月3日被告融安县茂财商贸有限责任公司的法定代表人刘茂财以“我们美食城”为字号到融安县工商行政管理局进行了个体工商户注册登记，以被告所承租的房屋二、三、四楼为经营场所进行经营活动。被告自2008年度后未进行年度检验，2010年12月17日被融安县工商行政管理局吊销了营业执照。

在被告与第三人陈某联手经营期间，被告一直委托第三人陈某代交租金给原告，原告在收取第三人交纳的租金时并未提出异议。2011年11月2日前，“我们美食城”对被告承租房屋的二、三、四楼进行装修，事前已将装修意向告知原告。

原告诉称：被告被工商机关吊销了营业执照，丧失了经营主体资格，且未经原告同意将租赁房屋转租第三人陈某，又对租赁房屋进行装修，装修行为危害了房屋安全，已构成违约，按照法律和合同的约定，应解除原被告签订的房屋租赁合同，被告需将租赁房屋恢复原状。被告辩称，虽然其被吊销了营业执照但并未丧失主体资格，其与第三人陈某之间是联手经营合同关系而非转租关系，被告的装修行为告知了原告，也未改变房屋结构危及房屋安全，故被告并未违约，原告不享有合同解除权。

【案件焦点】

被告被吊销营业执照后奖承租房屋转租是否构成违约。

【法院裁判要旨】

柳州市融安县人民法院经审理认为：被告虽然被吊销了营业执照，但因其未进行清算注销故仍具有主体资格，并能进行与清算相关的经营活动。原被告签订房屋租赁合同是当事人真实意思表示，内容没有违反法律的规定，该合同合法有效。在合同履行期间，被告与第三人陈某签订联合经营合同，双方有共同出资，按约定进行利益分配，故认定被告与第三人之间不成立租赁合同关系；被告的法定代表人刘茂财以“我们美食城”为字号登记个体工商户，以被告所承租的房屋二、三、四楼为经营场所进行经营活动，因其是独立的经营主体，故认定被告与“我们美食城”之间形成租赁合同关系，被告的行为已构成转租。被告未将“我们美食城”作为新承租人的情况告知原告，但“我们美食城”自2009年6月3日登记注册至今一直按合同履行交纳租金等义务，原告在诉讼过程中知悉“我们美食城”为次承租人后

也并未表示异议，应视同原告同意被告与“我们美食城”的新租赁合同，故认定被告转租不违反合同约定。次承租人“我们美食城”对租赁房屋进行装修，事前已通知原告，尽到了告知义务，原告在诉讼期间也未提供被告的装修行为给房屋的主体结构造成损害的相关证据，故认定“我们美食城”的装修行为不违反合同约定。综上所述，被告虽被吊销营业执照但未丧失主体资格且已将租赁房屋转租其他经营主体其主体资格不影响原租赁合同的效力，在合同履行中被告也无违约事项，故原告要求解除合同的诉讼请求无法律依据，不予支持。

柳州市融安县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第五条、第八条、第九十四条之规定，作出如下判决：

驳回原告融安县人民政府水利局的诉讼请求。

【法官后语】

现实中部分被吊销营业执照的企业未及时进行清算和注销登记，其被吊销前所签订的合同是否能够继续履行也存在争议。本案处理的关键也是被告被吊销营业执照前签订合同的履行问题。根据《公司法》的规定，公司被吊销营业执照后应及时成立清算组进行清算，完成清算后应制作清算报告，办理注销登记。在清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。故原签订合同应如何履行，关键是看该合同是否与经营有关，是否影响清算。

1. 与经营有关的合同。企业被吊销营业执照后应停止与清算无关的经营活动，故此前签订的与经营有关的合同一般情况下应当终止履行，但有利于债权人的合法权益实现及清算的进行的可以继续履行。此类合同，合同的相对方可以以该企业被吊销营业执照为由解除合同。

2. 与经营无关的合同。企业被吊销营业执照后应停止与清算无关的经营活动，故此前签订的与经营无关的合同一般情况下应当继续履行，但合同相对方对被吊销执照的企业的履行能力有合理怀疑的，可终止履行。

被告与原告签订租赁合同，租赁房屋作为被告的经营场所，该租赁合同是与经营有关的合同，被告被吊销营业执照后丧失了经营主体资格，原告可请求终止合同履行。但被告在被吊销营业执照前已将房屋转租“我们美食城”，两者成立新租赁合同，该合同与经营无关，原告在知悉新租赁合同关系后未表示异议，即表示承认

被告的转租行为，故原告不得再以被告被吊销营业执照为由终止合同。而“我们美食城”可在考虑被告是否具有履行能力后选择是否继续履行。

值得注意的是，本案被告将其与个体工商户“我们美食城”视为同一主体，把转租当成了合同的继续履行，而被告在被吊销营业执照后也未将该情况及时告知原告，也未及时办理清算注销手续。次承租人“我们美食城”虽在装修前告知了原告，但未征得原告同意就急于施工。也正是由于原被告缺乏沟通才造成了纠纷。依照相关法律规定，从保护合同的相对稳定性，维护商业活动中的公平与正义，鼓励市场经济兴旺繁荣的角度，作出驳回原告诉请的判决。

编写人：广西壮族自治区柳州市融安县人民法院　敬慧　周文勇

12

夫妻离婚时对婚姻存续期间签订的租赁合同中涉及的经营权进行处分，如何确定起诉时的合同主体

——郑典良诉昆明市城市建设综合开发有限公司等房屋租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昆明市中级人民法院（2012）昆民一终字第495号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：郑典良

被告（被上诉人）：昆明市城市建设综合开发有限公司（以下简称城建公司）、王国军、袁亚帅

【基本案情】

2010年6月30日，被告城建公司与陈秋荣签订《物业租赁合同》，约定被告

公司将其所有的位于华昌路140物业租赁给陈秋荣经营餐饮业，双方约定租金为3450元/月，租赁期限为2010年7月1日至2011年12月31日止，并对续租的相关事宜在合同条款中明确两点内容：一、租赁期限届满若承租人有续租意愿，应该在租期满前一个月向出租人提出书面申请，经出租人同意后，续签《物业租赁合同》方为有效。二、租赁期限届满，在同等条件下，承租人享有优先承租权。

2011年3月23日原告郑典良与陈秋荣在西山区民政局协议离婚。《离婚协议》明确：涉案租赁权属男方郑典良所有。郑典良当庭陈述并没有按照合同约定在租赁期限届满前提出续租申请。2012年1月10日、2012年3月31日被告城建公司与被告袁亚帅签订《物业租赁合同》，将涉案物业出租给袁亚帅，租金标准为每月7207.2元，租赁期限自2012年1月1日起至2013年3月31日止。

原告认为被告公司侵害其优先承租权，请求法院判令：一、被告城建公司与被告王国军、袁亚帅签订的租赁合同无效；二、被告城建公司与原告续签租赁合同；三、诉讼费用由被告承担。被告城建公司辩称，原告主体资格不适格，根据合同相对性，与被告城建公司签订合同的是陈秋荣，法院应该驳回起诉。

【案件焦点】

原告郑典良与陈秋荣在离婚协议中对租赁物经营权进行处分后，能否以租赁关系起诉被告。

【法院裁判要旨】

昆明市西山区人民法院认为：《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定："夫妻在婚姻关系存续期间所得到的下列财产，归夫妻共同所有：一、工资、奖金；二、生产、经营的收益；三、知识产权的收益；四、继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；五、其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。"《中华人民共和国婚姻法》第三十九条规定："离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理……"原告及陈秋荣在夫妻关系存续期间取得对涉案租赁物的经营权，属于夫妻共同财产，双方在解除婚姻关系时有权对夫妻共同财产进行协商处理，且被告城建公司当庭陈述在租赁期届满前，就续租问题联系过原告本人，双方是由于租金问题未能达成共识，由此得知原告具有承租权已经得到被告城建公司的认可，故原告是本案的适格主体。《中华人民共和国合同法》第八

条规定："依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。"原告和被告城建公司于2010年6月30日签订的《物业租赁合同》系双方真实意思表示，未违反法律的禁止性规定，合法有效，对双方当事人均具有约束力。该合同第五条第六款明确约定如果原告要求续租，需要在租期届满前一个月提出书面续租申请。庭审中原告当庭陈述并未就续租问题向被告城建公司提出过书面申请，亦未就租赁事宜与被告昆明城建公司达成新的合意。在与原告租赁期限届满后被告城建公司有权将涉案租赁物出租给被告袁亚帅进行使用。故对原告要求确认被告城建公司与被告袁亚帅签订物业租赁合同无效并由被告城建公司继续与原告续租的诉讼请求不予支持。

依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第三十九条，《中华人民共和国合同法》第八条之规定，判决如下：

驳回原告郑典良的全部诉讼请求。

一审判决后，原告不服，提起上诉。云南省昆明市中级人民法院认为：上诉人郑典良的前妻陈秋荣与城建公司2010年6月30日签订物业租赁合同，该合同于2011年12月31日届满，按照该合同第六条第三款约定，城建公司虽应优先考虑承租方继续租用，但该合同第五条第六款同时还约定租赁期限届满如需续租，承租方应于期满前一个月向城建公司提出书面申请并经城建公司同意续签合同后方为有效，但郑典良以及陈秋荣未按照合同约定提出书面续租申请，亦未续签合同，故租赁合同因期限届满而解除，郑典良主张的优先承租权不能成立，故城建公司有权将涉案租赁房屋另行租给他人。上诉人并没有证据证实被告城建公司与被告袁亚帅签订的租赁合同系恶意串通，该合同合法有效。云南省昆明市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第一项、第一百零七条之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

合同类案件审理中一个重要原则就是恪守合同相对性。合同所约定的权利义务只在合同签订人之间产生效力。本案涉及的是，在婚姻存续期间产生的租赁物经营

权在离婚时分割的法律效力。根据《婚姻法》第十七条以及第三十九条的规定，可以明确原告及陈秋荣在夫妻关系存续期间取得对涉案租赁物的经营权，属于夫妻共同财产，双方在解除婚姻关系时有权对夫妻共同财产进行协商处理，基于该处分行为，原告有权对该租赁物的权益进行主张，且被告昆明城建公司当庭陈述在租赁期届满前，就续租问题联系过原告本人，双方是由于租金问题未能达成共识，由此得知原告具有承租权已经得到被告昆明城建公司的认可，故原告是本案的适格主体。

编写人：云南省昆明市西山区人民法院　石晶晶

13

从合同自由的角度看“展期续租权”

——黄移科诉刘宏卫房屋租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖南省汨罗市人民法院（2012）汨民初字第266号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告：黄移科

被告：刘宏卫

【基本案情】

2009年3月28日原告黄移科和被告刘宏卫签订《门面租赁合同》，约定原告黄移科将其所有的位于汨罗市劳动北路汨罗大市场3栋42号、44号门面出租给被告刘宏卫，租期为三年（2009年3月24日至2012年3月24日），租金为34000元/年。现合同到期，原告黄移科要求收回门面，但被告刘宏卫认为双方在合同中约定有展期续租的权利，故要求继续承租门面，双方未能达成一致处理意见，故诉至法院。

【案件焦点】

被告刘宏卫对所承租的门面是否有展期续租的权利。

【法院裁判要旨】

湖南省汨罗市人民法院认为：一、原告黄移科与被告刘宏卫签订《门面租赁合同》，并对租赁期限、租金等做了相关约定，依法形成租赁合同关系，现租赁合同已经到期，双方约定的合同解除条件已经成就，被告应当向原告搬出并交还所承租的门面；二、原告黄移科与被告刘宏卫签订的《门面租赁合同》到期后，被告刘宏卫并未立即搬出所承租的门面，而是继续占用并使用原告所有的门面，承租人实际使用租赁物的，应当支付相应的使用费，故原告要求被告赔偿相应租金损失应予支持，但因原被告合同已经到期双方未能合意继续承租，故此损失费用并非租金损失，应为被告占用门面期间的使用费用，费用计算参照双方租赁合同中约定的租金计算，以实际使用租赁物的期限为标准；三、原被告在租赁合同中约定了租赁期满，被告要求继续承租的，应当在合同到期前一个月与原告订立续租合同，交清下期租金。通过庭审查明及原被告双方的陈述，被告在答辩中提出的展期续租的权利，实际应为合同到期后被告对原告门面在同等条件下的优先承租权，但原被告在合同到期后对门面续租并未能达成一致，且在门面所在的市场管理方的协调下也未能就门面承租达成一致意见，根据合同法之规定，合同应是基于双方的意思表示一致，原被告在合同到期后虽然有优先承租权，但对于承租无法与原告达成一致意见，被告无法继续承租原告的门面。

湖南省汨罗市人民法院依据《中华人民共和国合同法》第二百一十二条、第二百三十五条，《中华人民共和国物权法》第三十四条、第三十七条之规定，做出如下判决：

一、被告刘宏卫在判决生效后十日内腾空并向原告黄移科交还位于汨罗市大市场3栋42号、44号门面。

二、被告刘宏卫在判决生效后十日内，按照34000元/年的标准向原告黄移科支付从2012年3月25日起至租赁房屋实际交付之日时止的门面占用期间使用费。

【法官后语】

本案的处理关键是如何理解被告提出的“展期续租权”，即被告在租期到期后

是否享有再次优先承租的权利。关于优先承租权，现行法律并无明文规定，这种优先权类似于现行法律中所规定的优先购买权。两者都反映了租赁权的物权化倾向。虽然传统民法中租赁权纯属债权，但随着社会经济的发展，在20世纪后的各国民法为了稳定租赁关系，保护承租人利益，大都采取了租赁物权化的法律对策。主要表现在：1. 同一物的同一部分只可设立一个租赁权。2. 出租人在租赁合同存续期间出售租赁物的行为不影响租赁合同的效力。3. 在租赁合同关系中承租人享有优先购买权。但是优先承租权与其他几项已被法律所采纳的承租人权利又有一定的区别。首先，其他三项权利均要求在租赁合同的有效期间内，而优先承租权则发生在租赁期满后下一个租赁合同签订期间；其次，优先购买权对抗的是第三人，而优先承租权不单可以对抗第三人，更是对出租人的所有权进行一定限制。因此，承认优先承租权其实就是赋予租赁权更大的物权效力，使其在租赁合同期间拥有的排他性延续到租赁合同期满后的一段时间内。

但基于合同自由原则，合同主体在进行合同活动时意志独立、自由和行为自主，即合同主体在从事合同活动时，以自己的真实身份来充分表达自己的意愿，根据自己的意愿来设立、变更和终止民事权利义务关系。就本案来说，原被告的原租赁合同确定的优先承租权实际上是对合同自由中选择相对人自由作出了适当限制，即如果原告需要将门面继续出租，则在选择承租人时在同等条件下要优先被告。但同样是基于合同自由原则，原告的缔约合同自由和决定合同内容自由等并未受到限制，也就是说原告应当有权决定是否与他人订立合同，即如果原告不打算将门面继续出租的话，被告的优先承租权无法实现；同样在决定合同内容时，当事人有权依法决定合同的内容，在法律规定的范围内，可以自由订立合同条款，这也是原被告“讨价还价”的过程，如果原被告无法对合同内容合意一致，合同同样无法成立，且过分强调承租人的优先承租权容易侵犯出租人对租赁物的所有权。

编写人：湖南省汨罗市人民法院　巢烨

14

将租金交给第三人是否完成缴交租金的义务

——黄镜中诉黄关吉土地租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省惠州市博罗县人民法院（2012）惠博法民一初字第894号民事判决书

2. 案由：土地租赁合同纠纷

3. 当事人

原告：黄镜中

被告：黄关吉

【基本案情】

2000年1月4日，原告与原博罗县横河镇西角村委会新南队（现已并入博罗县横河镇西角村委会新围小组）签订了《承包合同书》，约定由原告承包新南队位于大王公地段面积21.7亩的土地；承包年限为2000年起至2030年12月30日止，共三十年；土地用途为种植果树、竹林及挖鱼塘养殖。上述合同约定的租金及公余粮缴交方式为：第一个五年原告免交租金，不包括公余粮；第二个五年，原告上交租金200元给新南队；第三个五年，原告上交租金300元给新南队；第四个五年，原告上交租金400元给新南队；第五个五年，原告上交租金500元给新南队；最后一个五年，原告上交租金600元给新南队；原告承担每年公粮任务752市斤，水利粮105斤，定购粮2707市斤。承包合同签订并实际履行后，村小组将土地交付原告使用。2004年2月23日，原告与被告签订了《承包合同书》（庭审时，原、被告确认该合同实际为转租合同），约定原告将上述位于大王公地段面积21.7亩的其向村小组承包的土地转租给被告用于种植果树、竹林及挖鱼塘养殖；合同期限为2004年至2029年12月31日，共25年；租金为2800元，被告应于每年的4月30日前

付清。庭审时，被告向本院提供收据两张，其中一张收据为原告出具，内容为：“黄关吉马天坝田租款贰仟捌佰元正 2800 元。收款人：黄镜中。收款日期为 2010 年 11 月 11 号”，被告以此证明其于 2010 年 11 月 11 日缴交了 2011 年的租金给原告；另一张收据为博罗县横河镇西角村委会新围小组出具的收到被告缴交大王公地段租金 2800 元，日期为 2012 年 1 月 1 日，被告用于证明其于 2012 年 1 月 1 日将上述租金缴交到村小组。原告对于上述两张收据的真实性无异议，但对其关联性有异议，认为 2010 年的收据中的款项是缴交 2010 年当年的租金；2012 年的收据中的款项，被告缴交到村小组，未支付给原告。

【案件焦点】

被告向合同第三人村小组交付租金，是否可视为已完成了缴纳租金的义务。

【法院裁判要旨】

广东省惠州市博罗县人民法院认为：原告于 2000 年 1 月 4 日与博罗县横河镇西角村委会新围小组签订《承包合同》后，又于 2004 年 2 月 23 日与被告签订转租合同，将其承包的位于博罗县横河镇大王公地段的土地转租给被告。转租合同签订后，双方履行了合同。上述事实清楚，证据充分，且原、被告当庭予以确认，予以采信。因原、被告签订的转租合同约定的缴交租金的时间为每年 4 月 30 日前付清当年的租金 2800 元，且庭审时被告主张其于 2010 年 11 月 11 日缴交的租金是按上述约定在 2011 年 4 月 30 日前付的 2011 年的租金，现原告请求被告支付 2011 年的租金 2800 元，未提供被告拖欠其 2011 年租金的充分、合法、有效的证据，故不予支持。至于 2012 年的租金的问题，现被告主张因原告拖欠村小组的租金及公余粮，其与村小组协商后，已将租金缴交到村小组，不拖欠原告租金，因为本案转租合同的相对人为原、被告，被告应按合同将租金缴交给原告，而非村小组，至于原告拖欠村小组的租金及公余粮而产生的土地承包合同纠纷属于另一个法律关系，本案不作处理。现原告请求被告支付 2012 年的租金 2800 元，有事实和法律依据，予以支持。

广东省惠州市博罗县人民法院根据依据《中华人民共和国民法通则》第八十四条、第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第八条及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，判决：

一、被告在判决发生法律效力之日起七日内清偿租金2800元给原告。

二、驳回原告的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案的焦点问题在于被告两次所缴交的租金是否是原告所诉请的租金。法院认为，原、被告在双方签订的转租合同中约定的缴交租金时间为每年4月30日前付清当年的租金2800元，被告在庭审中主张其于2010年11月11日缴交的租金是按上述约定在2011年4月30日前付的2011年的租金，原告请求被告支付2011年的租金，但没有提供被告拖欠其2011年租金的有效证据，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。因此法院对原告请求被告支付2011年租金的诉请不予支持。关于2012年的租金问题，被告称因原告拖欠村小组的租金及公余粮，其与村小组协商后，已将租金缴交到村小组，故并不存在拖欠原告2012年租金的事实。从已查明的事实中得知，原告与被告是土地租赁合同关系，而合同是具有相对性的，主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼；与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向当事人提出请求或提起诉讼，也不应承担合同的义务和责任。具体到本案，转租合同是由原告及被告所签订的，故原告与被告才是该合同的相对人，而博罗县横河镇西角村委会新围小组并不是该转租合同的相对人，所以被告应按合同将租金缴交给原告，而非村小组。因此一审法院支持了原告要求被告支付2012年租金的请求。

本案中还涉及到被告称由于原告拖欠村小组的租金及公余粮而导致其将本应交给原告的租金转交给村小组的问题，因本案的案由为土地租赁合同纠纷，原告拖欠村小组的租金及公余粮而产生的是土地承包合同纠纷，属于另一个法律关系，不应当在本案中一并审理，所以法院对该法律关系不作处理。

编写人：广东省惠州市博罗县人民法院　黄珊

15

合作建房合同中产权归属的约定是否影响租赁合同的效力

——钟耀章诉伍国强房屋租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省珠海市金湾区人民法院（2012）珠金法民二重字第1号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告：钟耀章

被告：伍国强

【基本案情】

1992年10月3日，被告伍国强与第三人吴某、邓某签订《投资合作建房合同书》，约定由被告提供其自有的一块宅基地，由第三人出资，共同兴建一幢七层住宅楼，楼房第三层的产权归被告所有，第一、二、四、五、六、七层的产权归第三人所有。合同签订后，房屋未完全建成，属于烂尾楼。

2005年7月21日，原告钟耀章与被告签订《协议书》，约定：由原告出资完成被告位于珠海市三灶镇列圣村的一栋七层烂尾楼尚未完成的工程量，该房屋建好后，被告将第一、二、四、五、六、七层暂时给原告使用或出租，期限不少于5年。同年8月9日，原告与被告签订《协议》，约定：由原告出资将被告位于珠海市三灶镇列圣村楼房的烂尾工程完成，工程造价为237990元；被告将该房的第一、二、四、五、六、七层给原告使用或出租15年（从2006年1月1日至2020年12月31日止），该房在15年内的租金收入不管多少，均用于抵偿原告的工程款。上述协议签订后，原告依约完成了楼房工程，并于2006年1月开始行使对该楼房第一、二、四、五、六、七层的使用权和出租权。2010年底，被告要求原告在2010

年12月31日前交回房屋使用权，并向房屋的实际承租人发出通知，称原告与被告签订的租房协议将于2010年12月31日到期，在2011年1月1日被告接收房屋后，承租人仍需租住的需到被告处重新办理手续。2011年1月4日，被告以业主的身份到供电供水部门办理停电停水手续。2011年1月6日，三灶供电所和供水所分别向住户发出《关于暂停供电的函》和《关于暂停供水的函》，决定延期15日给住户与被告协商，如协商不成，将于2011年1月21日暂停供电供水。2011年1月17日，原告诉至法院，请求判令被告：1. 立即停止侵害原告对位于珠海市三灶镇列圣村北街1巷9号楼一、二、四、五、六、七层的使用权；2. 赔偿原告损失人民币10000元；3. 继续履行原、被告双方于2005年8月9日签订的《协议》。被告辩称，涉案房屋的产权不属于被告，而属于第三人，原、被告所签订的合同中关于房屋租赁以及以租金抵工程款的约定均无效，被告请求驳回原告的诉讼请求。

【案件焦点】

被告与第三人在合作建房合同中关于产权归属的约定是否影响原、被告之间房屋租赁合同关系的法律效力。

【法院裁判要旨】

珠海市金湾区人民法院认为：原、被告于2005年8月9日签订《协议》后，实质上建立了两个法律关系：一是建设工程施工合同关系；二是房屋租赁合同关系。双方约定被告应付的工程款与原告应付的租金相抵。该协议的内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。虽然在该协议签订的十几年前，被告与第三人签订了合作建房合同，并明确约定了住宅楼产权分配方案，但没有证据显示该合同已被有权机关认定为有效合同，而且第三人至今尚未取得权属证书，因此不能认定第三人为涉案房屋的所有权人。被告享有涉案房屋的土地使用权，而且报建手续是以其名义办理，因此足以认定被告对涉案房屋享有处分权。原告要求继续履行合同，法院予以支持。原告要求被告停止侵害原告对房屋的使用权，因被告未持续实施违约行为，且涉案房屋至今仍由原告自用或出租，故法院对原告该项诉讼请求不予支持。原告要求被告赔偿损失，但未能提供证据证明其因被告的违约行为而遭受的经济损失情况，故法院亦不予支持。

珠海市金湾区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第一百零七条，判决：

一、被告伍国强继续履行于2005年8月9日与原告钟耀章签订的《协议》。

二、驳回原告钟耀章的其他诉讼请求。

【法官后语】

上世纪90年代，村民与外地人合作建房是珠海市农村常见的社会现象，通常是村民出地，外地人出资，双方约定房屋建成后由双方各自享有部分产权。本案被告与第三人签订合作建房合同后，房屋未完全建成，属于烂尾楼。2005年，珠海市的房地产市场处于低迷时期，被告为了盘活房地产，与原告建立了合同关系，以租金抵工程款，实现了“双赢”。但是几年后，随着珠海市农村城镇化步伐的加快，房屋和房租价格均大幅上涨，原告得到了较多的经济利益，被告感到不公平，被告因此试图收回房屋。原告起诉后，被告以涉案房屋的产权属于第三人作为抗辩理由，实际上涉案房屋所在土地属于农村宅基地，土地使用权人和申请报建人均为被告，虽然被告与第三人约定涉案房屋归第三人所有，但是依照最高人民法院司法解释的规定，被告与第三人的合作建房合同应属无效合同，涉案房屋应归被告所有，第三人的投资损失应由双方按过错程度分担。根据不告不理原则，珠海市金湾区法院在本案中对合作建房关系不作处理，第三人的损失问题可另循途径解决。虽然被告与第三人的合作建房合同的效力尚未得到最终确认，被告也尚未取得涉案房屋的房地产权证，但是涉案房屋的产权应当属于被告，被告与原告签订的合同是合法有效的。

编写人：广东省珠海市金湾区人民法院　蔡志敏

16

如何确定租赁协议中"入场费"性质及返还标准

——林金海、田淑敏诉日盛宏达公司租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2013）一中民终字第1403号民事判决书

2. 案由：房屋租赁合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：林金海、田淑敏

被告（上诉人）：日盛宏达公司

【基本案情】

林金海、田淑敏系夫妻关系，林金海原系日盛宏达公司的股东之一，陈国原系日盛宏达公司法人代表。2010年8月24日，林金海、田淑敏（乙方）与日盛宏达公司（甲方）签订《北京台湾街宝岛夜市场租赁合同》、《经营确认书》、《北京台湾街宝岛夜市场租赁合同补充协议》、《安全责任协议书》、《食品安全协议书》。约定：乙方承租甲方位于北京台湾街地下一层宝岛夜市第（2010）租字第（14、15、16、28、29、30、31）号商铺用于经营，租赁期限自2010年8月24日至2015年8月23日止，共5年，乙方在签订合同当日一次性向甲方支付5年期租赁场地入场费560000元（每个摊位80000元）。甲方按乙方每月经营收入的比例收取乙方租金。甲方于每月5日对乙方上一月份期间的经营收入按一定租金比例直接扣除。并于当日将乙方上一月份剩余经营收入打入乙方指定账户。乙方于合同签订当日向甲方支付保证金14万元，作为履行合同和提供商品服务质量和诚信的担保。另约定：乙方因自身原因需要提前解除合同的，应提前十五日通知甲方，乙方所交纳的入场费不予退回。因不可抗力或其他不可归责于双方的原因，使场地不适于使用或租用

时，本合同自动解除，应退还入场费、保证金，双方互不承担违约责任。上述合同及协议签订当日，林金海、田淑敏支付日盛宏达公司5年期入场费560000元、保证金140000元。

另查明：2011年11月12日，林金海、田淑敏与日盛宏达公司达成同意书，约定林金海完全不参与日盛宏达公司的任何运营事务和财务资金流向及不负担任何运营亏损。日盛宏达公司同意林金海、田淑敏承租的7个档口摊位的经营权均属有效，未经林金海、田淑敏同意，陈国原不可私自经营、转让第三者或招商转卖摊位。

2012年2月16日，北京国新商业投资管理有限公司（以下简称国新商业公司）召开石景山区台湾街宝岛夜市摊主会议，声明石景山区台湾街宝岛夜市摊位的所有权、经营权、处理权归属国新商业公司，2012年2月16日之前宝岛夜市所有摊位与日盛宏达公司的债权债务均由陈国原、日盛宏达公司承担，与国新商业公司无关。

庭审中，日盛宏达公司述称，所收取的入场费用于购置出租房屋必要的设施设备，租赁期限内不存在转让经营权的事实，其与国新商业公司是联营合作关系，委托国新商业公司协助向原告返款，但未提供相应证据予以证实。同时，日盛宏达公司承认于2011年5月18、19日因设备故障存在停电及个别月份拖欠返款的事实，辩称并不构成根本违约。林金海、田淑敏称，被告收取的入场费系租金性质，违反了国家相关规定，所收取的入场费应予以退还。

【案件焦点】

1. 承租人所交纳"入场费"性质的界定；2. 出租人行为致使租赁合同提前解除的，是否应返还承租人所交纳的"入场费"。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：林金海、田淑敏与日盛宏达公司签订的租赁合同及附属协议系双方真实意思表示，内容并不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效，双方均应按约定及时全面履行各自的义务。本案中，依据林金海、田淑敏与日盛宏达公司《同意书》之约定，未经林金海、田淑敏同意，日盛宏达公司不得将林金海、田淑敏承租的摊位私自经营、转让第三者或招商转卖。依据查明的案件事实，现有证据足以证明日盛宏达公司未经林金海、田淑敏的同意，将租赁合同约定的权利义务一并转让给第三人，构成违约。而且，租赁合同的订

立、履行建立在双方信任及合作基础上，日盛宏达公司未经林金海、田淑敏同意将其合同义务转让给第三人，致使双方之间签订的租赁合同丧失继续履行的基础和条件。因此，关于林金海、田淑敏要求解除租赁合同及附属协议的主张，于法有据，本院应予以支持。

由于保证金具有促使合同依约履行的金钱质押性质，因日盛宏达公司未提供证据证实租赁合同履行过程中保证金适用情况的出现，故租赁合同解除后，日盛宏达公司收取的保证金应予以退还。

因租赁合同中双方未明确约定入场费的构成及用途，但收取入场费作为现实中特定行业经营模式，对此，目前并无法律及行政法规的效力性禁止性规定。承租人为与出租人建立租赁合同关系支付入场费，在租赁关系建立后，承租人已经取得其支付费用的相应对价。若承租人为与出租人建立租赁关系而支付入场费后，因出租人行为致使承租人不能实现其租赁目的的，应视为承租人因出租人违约而受到的实际损失，依据公平原则及诚实信用的原则，出租人应退还承租人相应的入场费损失。因此，结合入场费的性质、租赁合同实际履行情况以及日盛宏达公司过错程度等因素，本院酌情确定日盛宏达公司退还入场费的数额。

租赁合同解除后，承租人当返还租赁物。本案中，租赁合同解除后，林金海、田淑敏请求将租赁场地返还日盛宏达公司，对此，本院不持异议。

北京市石景山区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第五条、第六十条第一款、第八十四条、第九十四条第（四）项、第九十七条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、解除林金海、田淑敏与日盛宏达公司于2010年8月24日签订的《北京台湾街宝岛夜市场租赁合同》及附属协议。

二、林金海、田淑敏于本判决生效之日起七日内将承租的位于北京台湾街地下一层宝岛夜市七个商铺摊位腾空返还给日盛宏达公司。

三、日盛宏达公司于本判决生效之日起七日内退还林金海、田淑敏保证金十四万元。

四、日盛宏达公司于本判决生效之日起七日内返还林金海、田淑敏入场费三十五万元。

五、驳回林金海、田淑敏的其他诉讼请求。

日盛宏达公司持一审意见提出上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为日盛宏达公司所持上诉理由不能成立，对其上诉请求不予支持。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

近年来，在一些大中型城市出现的一些美食街、摊位、铺位等规模性商业特定经营模式中，出租人作为统一经营人或管理人，订立租赁合同时往往向承租户收取一定数额“入场费”或“加盟费”，作为签订合同的条件。若承租户不同意交纳“入场费”，出租人则拒绝与其订立租赁合同。本案中，原、被告均系在大陆经营餐馆的台湾省商人，双方明确约定承租人依据租赁合同期限一次性交纳一定数额的“入场费”。但是，对于若因出租方原因提前终止时是否返还“入场费”问题无明确约定。出租方主张所收取的入场费系租金性质。从双方经营模式分析，承租人除按照租赁期限一次性交纳入场费，还须根据每月经营收入比例支付出租人一定数额租金。出租人租金收益不仅建立在承租人经营风险基础上，而且还以承租人交纳入场费作为租金收益的保障。因此，对于“台湾街宝岛夜市”这种特定租赁经营模式来说，收取“入场费”对出租人租金收益具有特殊意义。

首先，结合承租人所交纳“入场费”的性质及其用途分析，承租人为与出租人订立租赁合同而支付给出租人一定数额的入场费，应视为承租人就合同全部履行期限提前一次性向出租人预付的租金。在租赁关系建立后，承租人以交纳“入场费”来获取租赁期限内对租赁标的使用的对价。因此，出租人违约行为致使租赁合同提前解除，承租人不能在全部租赁期限内实现其租赁目的的，承租人所交纳对应期限内的入场费应视为出租人违约受到的实际损失。

其次，承租人为与出租人建立租赁关系而交纳入场费，由于租赁合同中双方未明确约定入场费的构成及用途，收取入场费作为现实中特定行业经营模式，对此，目前并无法律及行政法规的效力性禁止性规定。如果租赁合同被认定无效，除非出租人能证明其收取的费用已实际用于合同的履行，否则其应退还该费用，并按照双方过错程度赔偿对方的损失。但对于合法有效的租赁合同，在租赁合同到期终止或

因一方违约行为致使合同提前解除后，承租人请求返还相应入场费用的，该如何处理，实务中大多数意见认为，如果出租人能够证明其收取的入场费用已实际用于租赁合同的履行，且承租人也从中获益的，则合同履行期满而终止后出租人无需退还。

再次，笔者认为，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。依照合同自由的原则，关于入场费的约定只要不违反法律、行政法规的强制性规定，就对缔约双方具有约束力。反不正当竞争法规定的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务的单位和个人。本案中，租赁双方虽均符合反不正当竞争法规定的经营者身份，但双方关系系平等民事法律主体之间的租赁法律关系，并未损害其他经营者合法权益、扰乱经济秩序，应属反不正当竞争法调整的范围。另外，部门规章或行政规章亦不能作为认定出租人收取“入场费”行为效力的标准。承租人为与出租人建立租赁合同关系而支付入场费，在租赁合同关系建立后，承租人已经取得了其支付的费用的相应对价。因此，租赁合同因到期终止或承租人违约导致合同提前解除后，承租人主张要求退还“入场费”的，人民法院不应予以支持。但是，租赁合同提前解除系出租人违约行为所致，使承租人不能完全实现其签订租赁合同目的时，承租人为了与出租人建立租赁合同关系而支付的入场费，应视为承租人因出租人违约而受到的实际损失，人民法院应依据公平原则及诚实信用的原则，结合租赁合同实际履行情况以及出租人过错等因素，根据承租人未履行的租赁合同期间占租赁合同全部期限的比例计算应退还“入场费”的数额。当然，如果租赁双方当事人对于“入场费”的处理另有具体约定的，则应从其约定处理。

最后，本案中，出租人未经承租人同意，将租赁合同约定的权利义务一并转让给第三人，其行为不仅对承租人正常经营造成实际影响，且导致租赁合同丧失继续履行的基础和条件。此系因出租人违约行为致使租赁合同提前解除，该入场费应作为出租人违约行为对承租人所造成的实际损失。在租赁合同已经履行期限范围内，应视为承租方已取得订立租赁合同所支付入场费用的合理对价，该部分费用出租人不负返还义务；对于租赁合同解除后尚未履行的期限范围内，应视为承租人订立租赁合同后因出租人违约而受到的所支付费用的实际损失，该部分费用出租人应予以返还。

编写人：北京市石景山区人民法院　张英周

17

解除不定期租赁合同的“合理期限”

——颜建军诉厦门市公房管理中心租赁合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1819号民事判决书

2. 案由：租赁合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：颜建军

被告（上诉人）：厦门市公房管理中心

【基本案情】

2002年，福建天宇发展公司将其承租的厦门市中山路60－62号1层、2－3层两处公房转租给原告，转租经原出租人被告同意。因自2005年11月起原承租人未向出租方缴纳租金，2010年6月10日被告要求原告自2010年7月1日起向被告缴纳讼争房屋租金。原告依该通知自2010年7月起缴纳房租，其中分别于2011年4月25日向被告缴纳2011年3月至10月租金261876元、于2011年10月31日向被告缴纳2011年11月租金32734.5元、于2011年10月14日向被告缴纳租金200000元（2012年租金）。此外，原告按照被告要求于2011年9月27日至29日向被告缴纳原福建厦门天宇发展公司拖欠的上述租金、滞纳金共计1250000元。

2011年12月21日，被告向原告发出《通知》，通知原告自2012年1月1日起终止双方不定期租赁关系，要求原告于收到通知书30日之内腾空中山路60－62号1层、2－3层两处公房。原告收到《通知》后与被告协商无果，认为原、被告之间的租赁合同应继续履行，租赁关系应维持至原告所缴纳的租金（含代缴的厦门市天宇发展公司的欠租1250000元）经折算后对应的租期届满，被告单方终止租赁关系

的行为无效，应予以撤回，故诉至法院请求：确认被告终止租赁关系的通知无效，依法继续履行双方租赁合同。

被告辩称：一、被告系依职权收回讼争房屋进行市场化配置，具有行政管理性质，不属于民事诉讼的受案范围。二、被告解除双方的不定期租赁关系有事实和法律依据。原告与被告之间并未签订书面租赁合同。同时，被告向原告发出解除合同的书面通知后，已给予其30天的时间腾空讼争房屋，完全符合法律规定，双方租赁关系即告终止，原告应返还讼争房屋。三、关于原告代厦门天宇发展公司支付的1250000元，实质是原告支付的占用费。

【案件焦点】

原告诉请确认被告终止租赁关系的通知无效是否具有事实和法律依据。

【法院裁判要旨】

厦门市思明区人民法院认为：双方自2002年起即开始民事往来，历时十年左右，原、被告自始至终均以平等的民事主体从事民事行为，两者间形成的是民事法律关系而非行政法律关系。

原、被告最初并未建立直接的法律关系，原告仅系次承租人，但2010年6月双方建立起直接的租赁合同关系，由于双方未约定具体的履行期限，双方形成不定期租赁合同关系，被告作为其中一方当事人虽可随时解除合同，但应当在合理期限之前通知承租人。原告已支付租金至2012年年中，目前尚有数月未履行；原告基于对于被告的信赖为原承租人垫付高达百万余元的欠缴租金，有正当理由期待享有相应租期，且已成立公司于讼争房屋，从事经营活动。被告并未在合理期限之前通知承租人原告，被告于2011年11月21日关于终止租赁关系的通知无效，双方仍依法履行租赁关系。

厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十六条第一款、第二百三十二条，判决：确认被告厦门市公房管理中心于2011年11月21日作出的自2011年1月1日起终止与原告颜建军不定期租赁关系的通知无效；双方继续履行不定期租赁合同。

厦门市公房管理中心提起上诉。福建省厦门市中级人民法院审理认为：双方的不定期租赁关系，业经厦门市公房管理中心于2010年6月10日发出通知书予以确

认。该租赁关系的成立系基于双方当事人真实意思表示，协商一致的基础之上，属于平等主体之间的民事法律关系。颜建军已支付租金至2012年年中，虽厦门市公房管理中心对颜建军于2011年12月24日支付的200000元款项的性质提出异议，但该租金系在双方当事人租赁关系存续期间所支付，且厦门市公房管理中心亦无法证明该款项系颜建军代福建天宇公司支付的拖欠租金及房屋使用费，故对其该上诉主张不予采纳。厦门市公房管理中心于2011年12月21日向被上诉人颜建军发出通知，自2012年1月1日起终止双方的不定期租赁关系。但颜建军缴纳租金的相应租期尚未届满，故厦门市公房管理中心于此时要求解除租赁关系并无事实和法律依据，不予支持。颜建军并无法律和合同义务代厦门天宇发展公司缴纳其所欠付租金及滞纳金。颜建军依法享有信赖利益，合理期待对讼争房屋享有相应的租期。但厦门市公房管理中心在未就该垫付租金及滞纳金予以协商的情况下，未给颜建军合理的期限，就解除双方之间的租赁关系显属不当。原审判决认定事实清楚，适用法律正确。

福建省厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

租赁合同在未约定期限时，以当事人一方解除而归于终了。为了安定承租人之地位，法律要求解约需先期通知并在合理期限内。

笔者认为，对于“合理期限”的把握，应从如下方面着手：

一方面是诚信原则的考量。“所谓随时，亦非毫无限制，仍应顾及诚信原则，自起租时仍须经过相当期间，始得终止。”[①] 该原则不仅要求当事人在履行合同过程中不滥用权力或规避义务，而且要求合同履行过程中确保当事人合同利益关系的平衡，并履行依据诚信所产生的附属义务。权利之行使，违反诚信原则，构成权利滥用；义务之履行，违反诚信原则时，不生履行之效力。[②]

第二方面是信赖利益之考量。所谓信赖利益，是指合同当事人因信赖对方的允

---

① 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第230页。

② 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第41页。

诺而支付的代价或费用。[1] 本案原告并非出于法律义务而为前承租人垫付高额费用，而是基于垫付后信赖被告明确其租赁主体、给予相当租赁期限。依本案案情，应认定被告对于原告之期待已作出允诺，“法院保护依赖利益要求当事人形成合理的信赖”[2]。

第三方面是遵循有关交易习惯。交易习惯，顾名思义即交易过程中形成的习惯性做法。我国台湾地区规定，租赁契约未定期限者，各当事人得随时终止契约，但有利于承租人之习惯者，从其习惯。[3] 我国合同法也规定，当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

综上，本案被告虽给予原告三十天的腾房期限，但显属不当。首先，依诚信原则，原告已支付至2012年的租金，原告对于该不定期限租赁存续至已付租金届满时，具有合理的期待；同时，原告于2011年8月在讼争房址上成立公司并从事经营活动，同年9月垫付了原承租人高达百万元的租金，其上述行为正是对讼争租赁合同尚有较长的一段存续期间有足够的信赖，应享有相应的信赖利益。再次，交易习惯上，通知的合理期限，应是给承租人寻找合适的替代房屋的时间。原告于2002年就承租讼争房产并在此长期从事经营活动，另行选址搬迁，需要一段时间，从行业的通常做法上看，三十天之期未免过于仓促。最后，参考有关国家的立法例，一般规定三个月或租金终止期满后一个月的期限，相较之下，本案中三十天的腾房期限，确属短暂。所以，被告终止租赁关系的通知不发生效力，双方租赁关系存续，应继续履行。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　彭朝辉　黄素梅

---

① 王利明：《缔约过失责任》，中国政法大学出版社2000年版，第703页。

② 同上。

③ 参见台湾地区“民法”第四百五十条规定。

四、委托与委托理财合同

18

委托他人收取欠款是否构成合法有效的委托合同法律关系

——王勤诉王长林委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集民初字第140号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告：王勤

被告：王长林

【基本案情】

2007年9月15日，原告王勤与柯建昆达成房产买卖协议，购买柯建昆位于集美区古龙明珠1号楼4梯3层01单元的房屋，并于2010年4月20日结清房款，支付相应税费。为规避购房贷款高利率，原告王勤与刘伟坚、刘伟珺协商，将房屋挂名于刘伟珺名下。

2010年5月25日，刘伟坚向原告王勤出具了一份《事实说明》，该说明称："古龙明珠10#701室、古龙明珠4#301室是王勤独立出资购买，分别挂靠在刘伟坚、刘伟珺名下，只是挂名。刘伟坚、刘伟珺从未支付任何费用，均由王勤支付房屋首付款，过户税费、抵押费、每月按揭，王勤具有以上房屋的产权、所有权、支

配权。该房出售，房款归王勤所有。未经王勤签字同意，刘伟坚、刘伟珺不得出售该房产，如果私下出售，将双倍房屋总额赔偿王勤。6月5日前刘伟坚、刘伟珺将该房产全权委托公证给王勤。”

又查明，原告与刘伟坚、刘伟珺曾签订《履行和解协议书》，确认双方争议的“刘伟坚、刘伟珺将该房屋抵押给兴业银行贷款550000元以及由原告代为偿还贷款”等债权债务纠纷解决方案。

2010年11月2日，原告王勤向被告王长林出具委托书，载明“本人王勤全权委托王长林办理刘伟珺、刘伟坚骗取古龙明珠4#301室、10#701室房款事宜。”王勤、王长林分别签字，双方经协商，王长林收取要回欠款的20%作为佣金。2010年11月29日，王长林向刘伟珺出具了一份收款人为王长林、王勤的收条，载明“今收到刘伟珺还兴业银行房贷款伍万元整（￥50000.00元）”，刘伟珺、王长林按手印确认。现该笔款项被告王长林并未归还给原告王勤。

【案件焦点】

委托他人收取欠款是否构成合法有效的委托合同法律关系，委托人可否凭据委托合同向被委托人请求返还已追回的欠款。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院认为：原告王勤委托被告王长林负责收取欠款，形成事实上的委托关系。原告与刘伟坚、刘伟珺曾签订《履行和解协议书》确认双方债务纠纷解决方案。以上事实可以确认刘伟珺与原告确实存在债务关系，委托事项真实存在，委托合同的基础法律关系具有真实性，不存在恶意串通损害第三人利益的情形，该委托合同亦并未违反法律、行政法规的强制性规定。原告王勤与被告王长林签订的《委托书》系双方真实意思表示，合法有效，双方形成委托合同关系，该合同对原被告双方均有约束力。王长林有代王勤向刘伟珺收取欠款的义务，王勤有向王长林支付佣金的义务。王长林已向刘伟珺收取50000元款项，理应将其交付给委托人王勤，王勤应支付给王长林佣金10000元。现王长林拒不交还款项，原告王勤要求王长林返还人民币40000元的请求，于法有据，应当予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第（二）项及第（五）项、第六十条第一款、第三百九十六条、第四百零一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十

四条第一款、第一百三十条，判决：

一、被告王长林应于本判决生效之日起十日内返还原告王勤委托其收取的款项人民币40000元。

二、驳回原告王勤的其他诉讼请求。

【法官后语】

委托他人收取欠款是一种私力救济方式，是否构成合法有效的委托合同法律关系是焦点。

本案中，原告提交证据，证明其与刘伟坚、刘伟珺曾签订《履行和解协议书》，确认双方争议的“刘伟坚、刘伟珺将该房屋抵押给兴业银行贷款550000元以及由原告代为偿还贷款”等债权债务纠纷解决方案。该事实可以确认刘伟珺与原告确实存在债务关系，委托事项真实存在，委托合同的基础法律关系具有真实性。

原告委托被告收取欠款系维护其自身合法债权所采取的方式，不存在非法目的，未损害社会公共利益；既是以委托方式进行，即隐含要求被告采用合法有效方式的附随义务，不存在违反法律、行政法规的强制性规定的情形。综上，本案认定原、被告双方签订的委托合同合法有效，双方均应按照合同所约定的具体内容行使权利、履行义务。

近年来，借贷纠纷盛行，无法按时足额收取欠款现象日趋增多，对于采取合法有效的私力救济方式以保护自己合法债权的方式，司法实践中应当予以保护，以维护稳定的经济秩序。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　王玉静

19

代为领取保险金的行为应如何处理

——黄万乾诉厦门市莲湖建设集团有限公司委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第1005号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告：黄万乾

被告：厦门市莲湖建设集团有限公司

【基本案情】

原告在被告公司担任架子工。2008年1月23日13时10分左右，原告在被告位于环东海域湖里通用厂房E标段21#楼4层人货电梯卸货平台上搬运钢管时，因一脚踩空，从4层人货电梯卸货平台上坠落到一层地面。当日，原告被送往厦门市第三医院就诊，初步诊断为复合性颅脑损伤（特重型）。此后，原告一直在厦门市第三医院住院治疗。

2008年7月22日，厦门市劳动和社会保障局作出《厦门市职工工伤与职业病认定书》，认定原告2008年1月23日所受伤为工伤。2009年7月30日，厦门市劳动能力鉴定委员会作出《厦门市劳动能力鉴定书》，鉴定结论为：1. 伤残等级为伤残一级；2. 护理依赖为完全护理依赖；3. 医疗依赖为长期住院治疗。

2007年9月13日，被告就环东海域的施工项目向中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司投保了建筑施工人员团体意外伤害保险，该险种的最高保险金额为每人180000元。2009年5月15日，被告向中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司出具《保证书》一份，内容为“我司雇佣的员工黄万乾不幸于2008年1

月23日在工作中因意外坠落摔伤致残。因我单位在贵司投保了建筑施工人员团体意外伤害保险，约定我司雇佣的员工为被保险人，现由我司向贵司申请建筑施工人员团体意外伤害保险的索赔，并代为领取贵司按保险条款约定给付的保险金。我司保证，我司领取该笔保险金后，将此笔赔款如数交被保险人之受益人……”2009年7月20日，原告的法定代理人黄昌洲（原告父亲）也向中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司出具了《理赔委托书》，委托被告代为办理的事项为：理赔申请，签订理赔协议和领取给付款项。2009年7月23日，中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司将本起事故的理赔款180000元汇入被告账户。

另查，双方因工伤待遇问题发生劳动争议，原告于2009年11月27日向厦门市劳动争议仲裁委员会提出申请，厦门市劳动争议仲裁委员会作出裁决后，原告不服，提起民事诉讼。

【案件焦点】

被告是否要归还原告意外伤害保险理赔款。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院经审理认为：被告代为领取保险金的行为系基于原告法定代理人黄昌洲出具的《理赔委托书》，根据该委托书，原、被告之间形成委托合同关系，被告之后作出的申请理赔、领取保险金等行为均是在行使其作为受托人的义务，并未超越原告的委托权限。原告认为被告私自领取保险金，并以不当得利为由提起诉讼，根据对事实的查明，本案的法律关系应为委托合同关系，经向双方告知后，原告对委托合同关系没有异议，并明确诉讼请求为被告返还代为领取的180000元保险金。

针对原告的上述诉讼请求，本院认为，建设部门要求建筑施工企业为其从事危险作业的职工投保人身意外伤害保险的目的，是为使从事危险作业的职工在遭受意外伤害时能得到有效的救治和经济补偿，化解伤亡事故风险，维护广大职工的合法权益。且在被告投保的建筑施工人员团体意外伤害保险的保险条款中也明确，该险种的被保险人是与施工企业建立劳动关系的职工，并非企业本身。因此，本案中保险公司发放的180000元保险金的受益人应为原告。根据《中华人民共和国合同法》第四百零四条的规定，受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。被告

主张其没有直接将保险金180000元交付原告，是因为其已通过垫付医疗费、支付护理费、伙食补助费等形式间接返还给了原告，而且被告为原告支出的费用远远超过180000元保险金的数额。本院认为，被告因本起事故支出的各项费用系在原、被告双方劳动关系基础上所产生的，与本案双方之间的委托合同关系是不同的法律范畴，被告擅自抵扣的行为，没有事实和法律依据，本院不予支持。综上，被告作为受托人，在代为办理理赔手续并领取保险金后，应将保险金全额转交给原告，因此，原告要求被告返还保险金的诉讼请求于法有据，应予支持。依照《中华人民共和国合同法》第三百九十六条、第四百零四条，《中华人民共和国保险法》第二条、第二十二条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十五条第一款，判决：被告厦门市莲湖建设集团有限公司应于判决生效之日起三日内返还原告黄万乾保险金180000元。

【法官后语】

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。委托合同是诺成合同、不要式合同、双务合同，是否为有偿合同由双方当事人约定。显然该案为委托合同，受托人应当负有如下义务：依照委托人的指示处理委托事务；亲自处理委托事务；报告义务；转交财产义务。委托合同以当事人之间的互相信任为前提。委托人之所以选定某人作为受托人为其处理事务，是因为其了解对方的能力，相信对方能够处理好事务；而受托人也是出于对委托人的了解和信任，愿意为其处理事务，才接受委托的。委托合同的目的是由受托人处理委托人的事务。委托合同是典型的提供劳务的合同，合同的标的是受托人处理委托人事务的行为，即受托人提供劳务。受托人为委托人处理的事务可以是事实行为，也可以是民事行为，但不能是违背社会公德、违法的行为，也不能是必须由委托人亲自处理的事务。

本案中，厦门市莲湖建设集团有限公司作为受托人，负有向委托人黄万乾交付保险金的义务。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　王芳

20

保险营销员因过错导致的保险人损失范围的认定

——中国平安人寿保险股份有限公司诉鄢德林、蒋亦萍委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市崇安区人民法院（2012）崇商初字第1051号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告：中国平安人寿保险股份有限公司（以下简称保险公司）

被告：鄢德林、蒋亦萍

【基本案情】

2011年3月，保险公司向鄢德林发放展业证，并与其签订代理合同，授权鄢德林在江苏省行政区域内代理销售保险产品，并向其支付代理费。蒋亦萍承诺为鄢德林在保险代理活动中因过错给公司造成的经济损失承担连带清偿责任。

2009年、2010年，李建勋体检时，被检出甲状腺异常，医生建议进一步检查或随访。2011年3月30日，鄢德林请李建勋吃饭，向其销售保险产品。鄢德林询问李建勋最近有没有住院生病，李建勋告知没有。鄢德林没有询问健康告知书载明的询问事项"您过去三年内是否曾有医学检查（包括健康体检）结果异常？您是否目前患有或过去曾经患有甲状腺、甲状腺疾病或手术史"，即在该询问回答"否"处打钩，然后叫李建勋在投保单上照抄两行字，签好名字。此后，保险公司下属分支机构无锡中心支公司（以下简称无锡支公司）签发保险单，载明李建勋投保智盈人生险、附加智盈重疾险（保险金额100000元）等险种。2011年9月15日，李建勋被确诊患双侧甲状腺癌，并手术治疗。嗣后，李建勋向无锡支公司索赔，无锡支公司以李建勋隐瞒病情，未尽如实告知义务为由拒赔，并提出解除保险合同。

2012年1月5日，李建勋诉至法院。无锡市崇安区人民法院于同年3月15日作出（2012）崇商初字第0074号民事判决，认为无锡支公司不能证明其就李建勋是否有体检异常及甲状腺是否有疾病等情况作出询问，李建勋对未经询问的事项没有主动如实告知的义务，无锡支公司无权解除保险合同；判决无锡支公司给付李建勋保险金100000元，并负担诉讼费1150元。

另查明，李建勋向无锡支公司缴纳了二年保险费共计12000元，鄢德林从无锡支公司获取佣金934.22元。

【案件焦点】

保险营销员因过错造成的保险人损失是否应由保险营销员全部赔偿。

【法院裁判要旨】

无锡市崇安区人民法院认为：鄢德林接受保险公司的委托，收取保险公司的佣金，按约应当就被保险人的有关情况向投保人提出询问，认真、正确指导客户填写投保书。无锡支公司根据鄢德林提供的健康告知书及投保书，签发保险单，应认定保险公司的损失系鄢德林的过错所致。但是，若李建勋在投保时，鄢德林对其健康状况进行详细询问，李建勋亦如实告知，无锡支公司也有可能与李建勋签订保险合同，故鄢德林对保险公司主张的损失数额101150元不可预见，根据无锡支公司收取保险费及向鄢德林支付佣金等情况，酌定鄢德林赔偿保险公司损失20230元。

无锡市崇安区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款、第四百零六条第一款，《中华人民共和国保险法》第一百一十七条、第一百二十六条、第一百二十七条，《中华人民共和国担保法》第十八条，判决：

一、鄢德林于判决生效后十日内赔偿保险公司损失20230元。

二、蒋亦萍对判决第一项确定的鄢德林的赔偿责任承担连带责任。

三、驳回保险公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

保险公司委托保险营销员销售保险产品，是保险公司开展业务的重要途径。保险营销员在展业过程中，往往为了个人短期利益，未向客户客观、全面、准确地披露保险产品与服务信息，而是过分夸大保险产品收益，导致投保容易、索赔难频

发，损害了保险业的社会形象。因此，从民事责任的角度对保险营销员的行为进行规范十分必要。

1. 鄢德林与保险公司是委托代理关系还是劳动合同关系

首先，保险营销员持所属保险公司发放的展业证，根据保险公司的授权从事保险营销活动，其行为后果由保险公司承担。保险专业代理机构从业人员、保险经纪机构从业人员持有的是《保险代理从业人员执业证书》、《保险经纪从业人员执业证书》，分别代表保险专业代理机构、保险经纪机构开展业务，其行为后果由保险专业代理机构、保险经纪机构承担，而不是直接由保险公司承担。

其次，保险营销员与保险公司签订委托合同，双方是委托代理关系，不是劳动合同关系。保险专业代理机构从业人员、保险经纪机构从业人员与保险专业代理机构、保险经纪机构签订劳动合同，双方建立劳动合同关系。保险营销员从保险公司获取佣金，是平等的民事主体，双方的权利义务受民法的调整。而保险专业代理机构从业人员、保险经纪机构从业人员是从保险专业代理机构、保险经纪机构领取工资，是不平等的民事主体，双方的权利义务受劳动法的调整。

本案中，鄢德林与保险公司签订了代理合同，持有保险公司发放的展业证销售保险产品，从保险公司获取佣金，应认定鄢德林是保险营销员，其与保险公司的关系符合委托合同法律关系特征，双方的权利义务受合同法的调整。我国合同法第四百零六条第一款规定，有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。如果保险公司认为鄢德林展业中存在过错，可以依据该条主张权利。

2. 鄢德林的过错是否与保险公司的损失存在因果关系及鄢德林应承担损失的限度

本案中，鄢德林的过错是明显的，我们要审查的是鄢德林的过错是否与保险公司的损失存在因果关系。健康告知书中列明了要求鄢德林询问投保人有无体检异常及甲状腺疾病，投保人最终也是因为甲状腺癌而提出索赔。对投保人身体状况的了解直接关系到对保险风险的评估，严重影响保险人是否承保及提高保险费率。如果鄢德林忠实地履行了询问义务，投保人也进行了如实告知，保险公司可以作承保或不承保决定，或者提高保险费率。因此，鄢德林的过错与保险公司是否应给付或按实际保险费率与提高的费率比例给付保险金存在直接因果关系。

3. 保险公司损失范围及鄢德林应承担的损失限度

首先，代理合同约定如鄢德林未按约履行相关义务导致保险公司造成损失的，由其承担一切责任。但保险公司的损失范围并不明确，需要法院结合本案案情进行确定。如果鄢德林履行了询问义务，投保人也进行了如实告知，鉴于投保人的疾病并未确诊，保险公司有可能在提高保险费率的情况下予以承保。按实际费率赔付的保险金与按实际费率与提高的费率的比例赔付的保险金的差额，才能视为保险公司的损失。因此，不能以法院判决保险公司赔偿的保险金及负担的诉讼费作为保险公司损失的范围。鄢德林承担的损失是有限度的。我国《合同法》第一百一十三条第一款规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿数额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。本案中，鄢德林收取佣金934.22元，如果让其全额承担保险公司赔偿的保险金及诉讼费过于苛刻，况且保险公司的损失也不能一概以其赔付的保险金而论。

编写人：江苏省无锡市崇安区人民法院　刘刚　陈青

21

卖房方出具的购房款收条能否用于证明卖房中介已转交购房款给卖房方

——陈志君诉傅汉忠委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省莆田市中级人民法院（2012）莆民终字第1401号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：陈志君

被告（上诉人）：傅汉忠

【基本案情】

2009年3月20日，由被告傅汉忠作为中介，原告陈志君将其所有的房屋以人民币250000元转让给案外人李志勇。同时口头约定：在未办理房屋产权转移登记前，案外人李志勇先将购房款人民币250000元汇至中介被告傅汉忠的银行账号；待购房人李志勇领取房屋所有权证后，由被告傅汉忠代为归还原告陈志君的债权人的款项（250000元包括案外人王建兴人民币100000元，案外人沈建当人民币150000元），原告陈志君没有要求被告傅汉忠直接支付款项。2009年3月20日，案外人李志勇将购房款人民币250000元汇至被告傅汉忠在中国建设银行的账号。被告傅汉忠收到上述款项后，于2009年4月13日将其中的220000元转账至其在中国建设银行的另一账号，并于当日转入东兴证券账户人民币220000元。2009年4月16日，案外人李志勇、沈建当二人一起到房地产管理部门领取房屋所有权证。2009年4月17日，被告傅汉忠从东兴证券账户转出人民币100500元，并于当日通过该证券关联账户转账给案外人王建兴人民币100000元。之后的两天，因被告傅汉忠没有将已收到的款项150000元支付给案外人沈建当，案外人沈建当电话告知原告到棋棋中介（被告傅汉忠的妻子林奇琦经营）出具收条后，被告傅汉忠才肯汇150000元。当天上午，原告陈志君到达棋棋中介店，出具收条一份后，交给被告傅汉忠，由被告转交给案外人李志勇，收条内容如下："今收到李志勇购房款人民币贰拾伍万元。收款人：陈志君，落款时间为2009年4月16日。"出具收条时间系在落款时间之后的两天。被告傅汉忠收取收条后，口头答应汇款给案外人沈建当，但被告借故没有汇款，原告陈志君、案外人沈建当、李志勇于当天中午再次到棋棋中介店，要求被告傅汉忠还款，双方因此发生争执，并向公安、教育部门报案。该收条现仍由被告傅汉忠收执，经案外人李志勇催要，被告至今拒不交给案外人李志勇。自2009年4月17日起，被告傅汉忠没有从上述证券账户转出款项，直至2009年4月23日才从该证券账户转出人民币126600元。

【案件焦点】

被告傅汉忠是否用现金支付给原告陈志君人民币150000元。

【法院裁判要旨】

福建省莆田市荔城区人民法院认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。被告傅汉忠主张其于2009年4月16日已用现金支付给原告陈志君人民币150000元，仅能提供原告陈志君出具给案外人李志勇的收条予以证实，但因该收条系原告陈志君向案外人李志勇出具的，仅是委托被告傅汉忠转交给案外人李志勇，且与案外人李志勇已支付给被告傅汉忠购房款人民币2500000元的事实相符，因被告傅汉忠未能提供有效证据证实其已履行付款义务及原告陈志君曾在2009年4月16日到过棋棋中介店并已收到其支付的人民币150000元，由此产生的不利法律后果应由被告傅汉忠承担，故被告傅汉忠辩称其于2009年4月16日用现金支付给原告陈志君人民币150000元的辩解意见，不予采信。原告陈志君能合理解释、完整陈述事实经过，且能提供证人证言，其陈述与证人证言能相互吻合，证据间能形成证据链。原告陈志君提供的证据的证明力明显大于被告傅汉忠提供证据的证明力，因被告未将已收到的款项人民币150000元按约定代付给案外人沈建当，又不返还给原告，已侵害原告的合法权益，故原告陈志君请求被告傅汉忠返还款项人民币150000元及利息，具有事实及法律依据。

莆田市荔城区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六条、第一百零七条、第一百零九条、第三百九十六条、第四百零四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第五条、第七十三条，判决：被告傅汉忠应在判决生效之日起十日内返还原告陈志君房屋买卖款计人民币150000元，并自2012年4月26日起至判决指定还款之日止按中国人民银行同期同类贷款利率计算利息，利随本清。

被告傅汉忠不服提起上诉。莆田市中级人民法院认为：案外人李志勇将其向被上诉人陈志君购买房屋的购房款250000元汇至上诉人傅汉忠的银行账户，后上诉人将该笔购房款中的100000元转账给案外人王建兴，上诉人与被上诉人对该事实均无异议，依法可以确认上诉人受被上诉人委托收取被上诉人的售房款250000元，并根据被上诉人的指示向案外人王建兴支付该笔售房款中的100000元。根据《中华人民共和国合同法》第四百零四条的规定，即“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人”，被上诉人余下的售房款150000元应由上诉人转交给被上

诉人。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条第二款的规定，即“对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任”，上诉人主张其已经履行向被上诉人转交讼争款项150000元的义务，依法应由上诉人承担举证责任。上诉人提供由被上诉人出具的、现在被上诉人处的收条，欲证明其已将讼争款项人民币150000元以现金的形式转交给被上诉人。但从该收条的内容分析，结合上诉人于原审庭审时陈述“我跟李志勇说你把我写给你的收条给我，我就将原告陈志君所定的收条给李志勇。并要求他收到该收条的字条”，原审认定该收条是向买房人李志勇出具的，符合上诉人作为房屋买卖中介及房屋买卖的交易习惯，是正确的。根据《协议》（落款日期为2009年3月20日）的内容、书写时的在场人情况，以及上诉人实际上将该笔房款人民币250000元中的人民币100000元通过银行转帐给案外人王建兴等事实，结合因该笔款项纠纷产生的案外人沈建当与上诉人及被上诉人间的诉讼情况，原审判决对上诉人以现金形式将讼争款项人民币150000元转交给被上诉人的主张不予采信，也是正确的。综上所述，上诉人的上诉理由不能成立，依法应予以驳回。

福建省莆田市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

按照我国民诉法关于举证责任分配的规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案原、被告对合同是否履行发生争议，由负有履行义务的当事人承担举证责任，即应当由本案被告就其主张其已支付相关款项提供相应的证据。被告提供原告出具的落款时间为2009年4月16日，内容为“今收到李志勇购房款人民币贰拾伍万元”，收款人为陈志君的收条一份证明其主张，但从该证据的内容中仅可体现出案外人李志勇已支付了购房款。结合原、被告双方就案外人李志勇支付购房款方式的约定，可以看出原告出具收据是符合相关交易习惯的，被告提供该收据并不足以证明其已支付150000元购房款给原告。从被告相关银行的流水账，可以看出案外人李志勇支付的购房款被告仅支出100000元，150000元仍在其银行账户内，且被

告无法提供证据证实其支付给原告人民币150000元的其他合法来源，而从原告的陈述及其提供的相关证据能够形成一条完整的证据链，故根据我国民诉法的相关规定，当事人无法对其主张提供证据予以证实，就应当承担相应的不利后果。

编写人：福建省莆田市荔城区人民法院　蔡琳琦

22

若委托理财保底条款为合同核心条款则保底条款无效合同无效

——米云苹诉刘军、周晓峰委托理财合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第2930号民事判决书

2. 案由：委托理财合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：米云苹

被告（被上诉人）：刘军、周晓峰

【基本案情】

2006年5月15日，米云苹（委托方）与周晓峰、刘军（受托方）签订《委托投资协议》，约定："1. 委托方在冠通期货经纪有限公司开立期货投资账户，账户名为米云苹，账号为2625，委托资金金额为300000元人民币。2. 受托方保障委托投资到期时委托资金金额不得低于90%，低于此资金的损失由受托方承担；委托方自愿承担委托资金金额10%的风险。3. 委托投资时间壹年，自合同签订后委托方和受托方资金划到各自账户之日起开始生效。委托理财时间自2006年5月15日起至2007年5月14日止。……6. 风险承担：协议到期后，若委托资金低于本金的

90%时，则损失部分由受托方承担，并在到期结算后一周内由受托方给委托方补上。……”

委托期限到期后，米云苹的期货账户内只剩约70000元，米云苹找到刘军、周晓峰，三方口头协商按照《委托投资协议》的约定，期货账户中的70000元由米云苹收回，刘军、周晓峰每人再退还米云苹100000元。现周晓峰已经还清100000元。刘军自2007年10月也向米云苹退还了48500元，尚欠51500元拒不返还。米云苹起诉请求：判令刘军退还尚欠的51500元并支付欠款利息17000元，诉讼费由刘军承担。

【案件焦点】

委托理财合同中的保底条款无效是否导致委托理财合同无效。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院认为：根据米云苹与刘军、周晓峰签订的《委托投资协议》，米云苹在冠通期货经纪有限公司开立期货投资账户并将该账户委托刘军、周晓峰进行管理，即委托刘军、周晓峰代为就期货投资进行操作。期货投资存在巨大风险，合同双方作为完全民事行为能力人均应知悉，双方协议中约定协议到期后委托资金不低于本金90%，明显与期货投资的风险性相违背，不属于正常理性确认之解释。现因投资行情变化，期货价值下跌，依现有证据不能证明刘军、周晓峰存在故意或重大过失导致投资受损，故对米云苹要求刘军退还51500元投资损失的诉讼请求，不予支持。依照《中华人民共和国民法通则》第四条，判决：驳回米云苹的全部诉讼请求。

米云苹提起上诉。北京市第一中级人民法院认为：本案双方当事人在《委托投资协议》中有关委托人米云苹直接将资金交付给受托人刘军、周晓峰从事投资管理的约定，可以认定，该合同在性质上属于金融类委托理财合同，故本案案由应定为委托理财合同纠纷。

根据该《委托投资协议》约定，无论盈亏，受托人均保证委托资产的本金90%不受损失，对收益部分，双方按约定比例分成，该约定违背了民法的公平原则以及委托关系中责任承担的规则，亦违背了市场经济基本规律和资本市场规则，本质上属于委托理财合同的保底条款，当属无效约定。而根据周晓峰与米云苹陈述，在签订《委托投资协议》时，刘军、周晓峰对米云苹90%的投资本金不会损失的

保证，正是米云苹签订《委托投资协议》的主要考虑因素，上述约定实为委托理财合同之目的条款或核心条款，基于此，保底条款不能成为相对独立的合同无效部分，该保底条款无效应导致委托理财合同整体无效。一审法院对于合同效力认定有误，应予以纠正。无效合同自订立之时即不具有法律效力，因此，合同被确认无效后，相应权益应当恢复至合同订立之时的状态，即由受托人向委托人返还委托资产。本案中，因《委托投资协议》约定的委托期限届满后，刘军、周晓峰已依据协议的约定向米云苹支付款项共计148500元，故刘军、周晓峰应就剩余81500元投资款承担连带返还责任。

二审期间，法院就合同效力问题向米云苹进行释明，米云苹坚持认为合同有效，刘军应给付其剩余赔偿款51500元，同时，米云苹表示，即便法院认定《委托投资协议》无效，其亦不变更诉讼请求，并表示放弃对超出其诉讼请求的30000元主张权利。法院认为，米云苹诉讼请求主张的金额为本金51500元，并未超过刘军、周晓峰依法应予返还的81500元的范围，米云苹放弃利息主张，并对于剩余30000元坚持不予主张的意思表示，属于当事人对自身权益的处分行为，法院对此不持异议。另，刘军、周晓峰为本案《委托投资协议》的受托人，对于因该协议无效产生的法律后果，应向米云苹承担连带返还责任，现米云苹仅向刘军主张权利，系米云苹对自身权利进行选择的结果，法院亦不持异议。综上，北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国合同法》第七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、第一百五十三条第一款第（二）项，判决：

一、撤销北京市海淀区人民法院（2011）海民初字第13222号民事判决。

二、米云苹与刘军、周晓峰于2006年5月15日签订的《委托投资协议》无效。

三、刘军本判决生效后十日内返还米云苹款项51500元。

【法官后语】

2002年至2004年间证券公司等从事金融类委托理财的机构违规操作，出现了诸如麻袋账户等违规账户，还有大量合同涉及保底条款，违背金融市场规律，助长投机行为，放大市场风险。针对这种情况，最高人民法院出台了《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》的意见，规定当事人双方在合同

中约定，委托人直接将资金交付给受托人从事投资管理的，应认定双方成立委托理财合同，并以委托理财合同纠纷确定案由。

本案中，米云苹直接将资金交付给受托人刘军、周晓峰从事投资管理，符合委托理财合同的上述特征，故应认定米云苹与刘军、周晓峰之间构成委托理财合同法律关系。在《委托投资协议》中，刘军、周晓峰保证米云苹90%的本金不受损失，对收益部分，则约定按比例分成，该约定属于委托理财合同的保底条款，即不论账户实际操作情况如何、盈亏情况如何，刘军、周晓峰均承诺米云苹的资金不受损失。该约定旨在吸引委托人办理理财业务，但其关于本金不受损失的承诺却违背了市场经济基本规律和资本市场规则，也违背了委托合同关系中责任承担的规则，即除恶意串通等情形外，委托事项的后果是由被代理人即委托人承担。该条款本质上属于无效条款。鉴于该保底条款是受托人吸引委托人办理理财业务的主要条款，也是委托人订立委托理财合同之目的条款或核心条款，基于此，保底条款不能成为相对独立的合同无效部分，该保底条款无效应导致委托理财合同整体无效。法院最终认定，《委托投资协议》无效，对于因该协议无效产生的法律后果，两人应向米云苹承担连带返还责任。

编写人：北京市第一中级人民法院　刘海云

23

风险代理合同解除无收益是否支付风险代理费

——北京市中兆律师事务所诉北京农村商业银行股份有限公司大兴支行、庞各庄支行委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第14912号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：北京市中兆律师事务所（以下简称中兆所）

被告（上诉人）：北京农村商业银行股份有限公司大兴支行（以下简称大兴支行）、北京农村商业银行股份有限公司庞各庄支行（以下简称庞各庄支行）

【基本案情】

2005年9月8日，北京市蓝石律师事务所（以下简称蓝石所）与被告大兴支行、被告庞各庄支行分别签订了委托蓝石所代理北京银湖庄园物业管理中心（以下简称银湖庄园）借款合同纠纷3个案件的《执行委托代理协议》（以下简称代理协议），系风险代理。在执行过程中，查封房产在进入评估拍卖程序时发现已被大兴法院裁定以物抵债，执行遇到障碍，海军装备院有意向购买查封标的，并签订了《意向书》，后因执行障碍未解决，案件停滞不前。

2008年1月8日，被告大兴支行向蓝石所发送《关于解除代理协议的通知》，2008年5月19日，被告大兴支行、被告庞各庄支行将执行案件的代理人更换为北京市尚公律师事务所律师张玮；2008年8月26日，杜鸣联合房地产评估（北京）有限公司对查封财产进行评估，并于2008年10月8日、10月10日作出7份评估报告。2009年2月21日，银湖庄园、工业公司作为甲方，海军装备院作为乙方，被告大兴支行、被告庞各庄支行与军博支行作为丙方，签订了《合同书》，海军装备院购买查封标的。2009年3月16日至2009年7月23日，一中院向被告大兴支行、被告庞各庄支行发还三个执行案件案款45800000元。

2011年3月3日，蓝石所向被告大兴支行发送《律师费催收函》，2011年3月22日，被告大兴支行回函，2011年8月，蓝石所向被告大兴支行、被告庞各庄支行发送《债权转移通知书》，被告大兴支行、被告庞各庄支行认可蓝石所债权已转移给原告中兆所，并收到了该《债权转移通知书》。

【案件焦点】

当事人解除风险代理合同时，委托方并未收回案款，是否应向律师事务兆所支付风险代理费。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院认为：蓝石所与被告大兴支行、蓝石所与被告庞各庄支

行签订的《执行委托代理协议》系双方当事人的真实意思表示，且未违反国家有关法律、行政法规的强制性规定，应为有效合同，蓝石所与被告大兴支行、蓝石所与被告庞各庄支行之间成立了委托代理关系，双方当事人均应当依照合同约定行使权利和履行义务。在代理期间，蓝石所积极进行了多项工作，因蓝石所不可控的原因导致案件执行无法顺利进行，被告大兴支行、被告庞各庄支行向蓝石所所提的工作目标实为难以甚至无法完成。被告大兴支行、被告庞各庄支行在存在他种实现债权可能性的情况下，却对蓝石所提出了短期内完成查封财产评估拍卖工作的不合理工作目标。被告大兴支行、被告庞各庄支行解除代理协议理由并不合约合理。

虽然双方的代理协议确已解除，被告大兴支行、被告庞各庄支行最终收回案款时与蓝石所的代理协议已经解除，后续工作由更换后的代理人完成，蓝石所未能参与，但蓝石所收取代理费的条件是被告大兴支行、被告庞各庄支行收到执行案款，蓝石所收取代理费的条件当时之所以未能成就，是由于被告大兴支行、被告庞各庄支行以不合约定不合理的理由解除代理协议的行为而致。被告大兴支行、被告庞各庄支行在最终收到案款后，条件成就，蓝石所可以主张代理费，被告大兴支行、被告庞各庄支行拒绝支付，进而造成蓝石所代理费的损失，损失赔偿额应包括合同履行后可以获得的利益，被告大兴支行、被告庞各庄支行所提交证据不能证明该损失可归责于蓝石所，故被告大兴支行、被告庞各庄支行应当承担赔偿损失的责任，蓝石所可以按照被告大兴支行、被告庞各庄支行实际收回的案款为基数主张代理费损失。

被告大兴支行、被告庞各庄支行于2009年3月16日收到第一笔案款，同年7月23日领到最后一笔案款，依据第一笔案款所计算的代理费损失的诉讼时效应从2009年4月16日起算；蓝石所2011年3月4日所发《律师费催收函》作为被告庞各庄管辖行的被告大兴支行已收悉，诉讼时效因此中断，从中断时起，诉讼时效期间重新计算。本案并未超过诉讼时效。

北京市大兴区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百三十七条、第一百四十条，《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款、第四百一十条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：

被告北京农村商业银行股份有限公司大兴支行、北京农村商业银行股份有限公司庞各庄支行共同赔偿原告北京市中兆律师事务所代理费损失3206000元（本判决

生效之日起十日内履行）。

被告大兴支行、庞各庄支行提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：关于损失认定问题，代理协议约定蓝石所代理大兴支行、庞各庄支行与银湖庄园借款合同纠纷三案的强制执行事项，蓝石所依照合同约定指派了律师，合同履行中，强制执行工作不能顺利进行，蓝石所也积极进行了多项工作。2007年10月28日，银湖庄园与海军装备院签订转让土地、房产的《意向书》，约定2个月为考察期。如果该意向能够达成，大兴支行、庞各庄支行作为银湖庄园的执行人的部分债权就可以实现。在考察期未届满时，大兴支行、庞各庄支行即向蓝石所提出不合理工作要求。而后，最终实现债权的途径与蓝石所代理期间向法院陈述的途径一致，且最终实现债权的数额也一致，蓝石所履行了合同约定的义务，没有违约行为。故蓝石所有权依据合同约定的代理费要求大兴支行、庞各庄支行赔偿损失。关于诉讼时效，大兴支行、庞各庄支行于2009年3月16日收到第一笔案款，根据代理协议的约定，诉讼时效应从2009年4月16日起算。蓝石所向大兴支行发送《律师费催收函》要求其支付律师费的行为，发生诉讼时效中断的法律后果。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对风险代理协议解除后的风险代理费收取的理解。从风险代理的字面理解，只要没有结果就无代理费，而不考虑代理期间代理人所付出的劳动。如果如此简单的理解，则容易造成委托人在约定结果即将出现时，恶意行使委托合同的委托人随时解除权，进而损害代理人的权益。

本案中，虽然风险代理协议解除时二支行并未收到执行案款，但二支行所提出的工作目标在限定时间内无论从法律上还是实践上都是无法完成的，而且二支行的债权，在审理阶段即有抵押具有优先受偿权，虽然在执行中出现了执行障碍，无法顺利进行，但债权实现基本是确定的，此时二支行解除协议明显具有一定的恶意，其后债权实现的思路与途径也并无变化，故本案一二审法院均认定二支行应支付代理人律师费。

编写人：北京市大兴区人民法院　侯艳

24

拍卖合同解除后委托人可否主张可得利益损失

——乐其仁诉上海崇源艺术品拍卖有限公司委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民一（民)终字第358号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告、被上诉人)：乐其仁

被告（反诉原告、上诉人)：上海崇源艺术品拍卖有限公司（以下简称崇源公司)

【基本案情】

2009年4月3日，乐其仁与崇源公司签订《委托拍卖合同书》，乐其仁委托崇源公司拍卖其拥有的紫檀龙凤博古大柜壹对。2009年4月28日，案外人晏绍礼与被告签订竞买登记单；同日晏绍礼签订成交确认书、承诺书，主要内容为："本人晏绍礼于2009年4月28日在上海崇源艺术品大型拍卖会中拍得第455号拍品《紫檀木龙凤呈祥多宝格（一对)》，成交价为人民币280万，佣金20万，共计总额300万元。今日（2009-4-28）支付壹佰万元，余款贰佰万于十日内付清。"崇源公司在承诺书上盖章。2009年4月29日，崇源公司向乐其仁发送委托拍卖标的成交通知书，主要内容为："尊敬的乐其仁先生：您委托本公司拍卖的拍卖标的《清中期紫檀木“龙凤呈祥”多宝格（一对)》，在本公司于2009年4月28日举办的春季艺术品拍卖会上以人民币2,800,000元的价格成交。依据您与本公司订立的《委托拍卖合同书》之约定，本公司将在收到买受人支付的全部成交价款后扣除您应向本公司支付的佣金及相关款项，余款人民币2575500元将在买受人支付全部成交价款后的七日内交付您。"

2009年6月23日，晏绍礼向崇源公司出具退货单，要求退货；被告同意退货、退款，并按退货正常程序办理。

2009年7月15日，乐其仁委托代理人向崇源公司致律师函，告知其务必在7月25日之前向乐先生支付全部款项。逾期不付，乐先生将考虑以法律手段维护自身合法权益。7月30日，崇源公司函复乐其仁，称拍品于2009年4月28日拍卖会上以人民币2800000元的价格成交，但日后买受人以该拍品可能是现代仿真品且材料也存在严重问题为由拒绝付清全部款项，虽经我司多次沟通均未果，导致我司至今不能向您支付出售收益，我司将进一步加强与买受人的沟通，并承诺在收到买受人全部款项后7日内向您支付全部出售收益。2009年8月2日，乐其仁代理人向崇源公司复函，称买受人称所谓拍品存在问题是没有任何事实依据的，据此拒绝付清全部款项毫无道理。考虑到被告在处理过程中可能需要一些时间，故要求被告在8月31日之前向乐先生支付全部款项。2009年9月23日，国家林业局华东木材及木制品质量监督检验中心出具由乐其仁委托的对系争拍品的门片进行检测的报告，检测结论为紫檀木。

2009年11月11日，案外人晏绍礼（原告）以拍卖合同纠纷案起诉崇源公司（被告），法院审理认为，关于原告要求确认原、被告之间拍卖合同关系已解除的诉请，结合原、被告双方的陈述及提供的相关证据，被告在双方合同成立后，取回了涉案系争拍品，退还了原告付款承诺书，并出具了一份载明“退货、退款等”内容的退货单，该行为可证原、被告双方对解除合同已协商一致，符合法律规定等。法院判决解除晏绍礼与崇源公司的拍卖合同；崇源公司返还晏绍礼拍卖价款1000000元并支付利息。崇源公司不服，提起上诉，二审法院于2010年6月21日作出驳回上诉，维持原判的裁决。

【案件焦点】

委托拍卖合同解除后的损失认定问题。

【法院裁判要旨】

上海市长宁区人民法院认为：一审审理中，鉴于乐其仁已经表示同意崇源公司提出的反诉请求，即同意解除委托拍卖合同并取回拍品，同时乐其仁本诉中关于取回系争拍品的诉请与崇源公司的反诉请求要求乐其仁取回系争拍品是一致的，故一

审法院依此认定双方委托拍卖合同解除。

竞拍人（案外人）与崇源公司之间的拍卖合同的解除，是本案系争合同无法实际履行的逻辑前提；因此，竞拍人（案外人）与崇源公司之间拍卖合同解除的原因事由与本案原、被告间的关联状况，对裁量系争合同解除的法律后果具有决定意义。本案中，就崇源公司解除与竞拍人（案外人）的拍卖合同是否经乐其仁同意的事实争议，崇源公司除有本人陈述外，并未提供相应书面证据予以佐证；综合崇源公司函告乐其仁催讨拍卖款等书证内容及生效一、二审裁判文书认定的事实等案件事实，乐其仁认为上述合同解除后果系崇源公司自行擅自处分行为所致的主张，具有高度的事实盖然性，依法予以采信。原告据此主张被告应承担相应的损失赔偿责任，符合相关法律规定。

现乐其仁主张成交价（扣除佣金等）与保留价之间的差额为损失的意见，未超出缔约方正常市场预期范畴，予以支持。至于乐其仁主张的利息损失，缺乏合同及法律依据，不予采纳。

上海市长宁区人民法院依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第九条第一款第（四）项，《中华人民共和国合同法》第九十四条第（四）项、第九十七条、第一百零七条、第一百一十三条第一款，判决：一、解除原告（反诉被告）乐其仁与被告（反诉原告）上海崇源艺术品拍卖有限公司于2009年4月3日订立的委托拍卖合同书。二、被告（反诉原告）上海崇源艺术品拍卖有限公司应于本判决生效之日起十日内返还原告（反诉被告）乐其仁紫檀龙凤博古大柜壹对。三、被告（反诉原告）上海崇源艺术品拍卖有限公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告（反诉被告）乐其仁人民币375500元。四、驳回原告（反诉被告）乐其仁的其余诉讼请求。

上海崇源艺术品拍卖有限公司提起上诉，称：其与晏绍礼解除拍卖合同是因为相关委员会判断拍品非紫檀类木材，崇源公司的行为符合拍卖规则的规定，并无不当，根据拍卖规则，乐其仁作为委托人应当就拍卖的来源、瑕疵等向崇源公司做详尽披露，但本案拍品与《委托拍卖合同书》上的描述不符，则一切法律责任均应由乐其仁承担。原审法院判决违背了民事赔偿的填平原则，即便崇源公司因拍卖合同的解除应当承担赔偿责任，但是其应当赔偿的也仅是乐其仁的实际损失，本案拍品未实际出售，事实上，作为抗通胀的艺术品在近几年大幅上涨，现在实际出售价应

远远大于原拍卖成交价，故乐其仁不可能存在损失，原审法院在乐其仁损失不能的状况下，将成交价与保留价的差额作为损失要求崇源公司赔偿，显属不当。故请求二审撤销原判，改判驳回乐其仁的原审诉讼请求。

上海市第一中级人民法院经审理认为：乐其仁与崇源公司签订《委托拍卖合同书》，崇源公司作为乐其仁的代理人，由其对乐其仁提供的拍品组织拍卖，其应当妥善处理受托事项。乐其仁主张崇源公司在拍卖已成交的情况下，擅自同意买受人退货，从而导致了拍卖合同的解除。崇源公司辩称其为退货事宜曾与乐其仁进行沟通，乐其仁予以否认，而崇源公司没有任何证据加以证明。相反，崇源公司于2009年6月23日已向案外人出具了退货单，但在2009年7月30日崇源公司至乐其仁的函件中又未向乐其仁说明实情，仍向乐其仁承诺在收取款项后支付全部出售收益，可见崇源公司自始至终未就退货事宜征得乐其仁的同意，而擅自解除了与买受人的拍卖合同，崇源公司的行为显然存在过错，并应当承担由此产生的法律后果。乐其仁以曾经拍卖的成交款与保留价的差额作为损失，向崇源公司主张赔偿，于法无悖，应当予以支持。崇源公司的上诉请求，缺乏事实和法律依据，不予支持。原审法院所作判决，予以维持。

上海市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 拍卖法律关系中的两层性

拍卖中的法律关系具有复杂性，拍卖法第三章中提到拍卖当事人包括委托人、拍卖人、竞买人和买受人，然众多当事人系同时存在于拍卖活动之中，而非同一法律关系之中。这一点从拍卖法的第六十一条也可以看出，当委托人、拍卖人未依法说明拍品存在瑕疵，买受人的赔偿请求权仅可以向拍卖人主张，拍卖人再依法向委托人追偿。追偿的隔离系基于法律关系的两层性，一层是委托人与拍卖人之间的委托拍卖合同关系，另一层是拍卖人与买受人之间通过拍卖程序订立的买卖合同关系。至于拍卖人是否类似于行纪人，行纪人重要的一项权利是介入权，而《拍卖法》第二十二条直接否定了拍卖人参与拍卖的权利，因此难以将拍卖人与行纪人等同。本案中原告作为拍卖委托人即是基于委托拍卖合同以拍卖人为被告提起的诉讼。

2. 拍卖法律关系的法律适用

就法律适用问题而言，理论界在谈及拍卖人瑕疵担保责任时较多地争论是否因《合同法》第一百七十三条规定而排除格式条款免责规则的适用，主要依据是《联合国国际货物销售合同公约（CISG）》第二条（b）款明确规定的该公约不适用经由拍卖的销售，由于我国合同法对《联合国国际货物销售合同公约（CISG）》借鉴良多，《合同法》第一百七十三条也规定“拍卖的当事人的权利和义务以及拍卖程序等，依照有关法律、行政法规的规定”。那么，这一条款的规定，是否意味着拍卖法律关系完全排除合同法的适用？应注意的是，一是这一条款位于合同法买卖合同一章中，应针对拍卖买卖合同的法律适用；二是我国合同法与拍卖法之间应属于普通法与特别法的关系，因此在法律适用上应遵照普通法与特别法之间的适用规则。本案中，由于处理的是委托人与拍卖人之间的委托拍卖合同关系，因此在法律适用上应适用合同法。

3. 委托拍卖合同解除的归责认定

本案中被告认为委托拍卖合同解除不可归责于被告的原因有两点：一是拍品存在委托人未说明的瑕疵，导致买受人退货；二是依据竞拍人认可的《拍卖规则》的规定，拍卖人有权处理退货事宜。首先，关于拍品的品质瑕疵问题。拍卖人的瑕疵担保责任是拍卖买卖合同关系中的一个热点问题，理论界和实务界均存在不同的观点，或认为基于拍卖行业的特殊性，拍卖人在竞拍人认可的拍卖规则中约定了免责条款即可免于承担瑕疵担保责任；或认为拍卖人的免责适用仍应严格依照合同法格式条款免责的规定，仅仅在拍卖规则中约定尚不足以构成免责；或介于这两种观点之间。然在本案中，先不论《拍卖规则》免责条款的效力，拍卖人在未对拍品瑕疵问题依法进行认定之前，即为买受人办理了退货手续，难说不可归责。其次，关于退货是否是委托人授意问题。《拍卖规则》中仅仅约定拍卖人有权处理索赔事宜，而无论是事务性事宜，抑或是法律行为，拍卖人作为受托人均应当按照委托人的指示处理委托事务。在无委托人授意退货的情况下，因拍卖人的退货行为进而导致委托拍卖合同不能履行，难说不可归责。

4. 委托拍卖合同解除后的损失认定

对于合同解除的法律后果，我国《合同法》第九十七条规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求

恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。”对于该条所规定的赔偿损失的性质、范围等立法上未予明确，对此理论界一直颇有争议。争议焦点在于，对合同解除应否赔偿可得利益的损失。有学者认为，合同解除的效力是使合同恢复到订立前的状态，而可得利益只有在合同完全履行时才有可能产生，既然当事人选择了合同解除，就说明当事人不愿意继续履行合同，非违约方就不应该得到合同在完全履行情况下所应得到的利益，即合同解除后的赔偿范围不应包括可得利益损失。然而从各国立法例看，以德国旧法为代表的选择主义，认为债务不履行时，债权人只可以在解除合同和债务不履行的损害赔偿之间选择其一主张权利，两者是相互排斥不能并存的；以法国、日本、瑞士、意大利民法为代表的并存主义，认为两者可以并存发生，合同解除不影响当事人要求赔偿损失的权利，赔偿损失的范围是无过失一方信赖利益的损失或承认损害赔偿请求权继续存在之范围内，合同之效力视为依然存续。我国台湾地区的法律将可得利益称为所失利益，规定合同解除后的损害赔偿范围“不独积极的损害，所失之利益亦包含在内”。可见，大部分大陆法系国家规定合同解除应赔偿的损失应包括可得利益的损失。

由于合同解除的效力是使合同恢复到订立前的状态，此时合同溯及力与可得利益损失赔偿并不矛盾。即使在有溯及力的合同解除场合下，尽管合同关系因解除而消灭，但因而带来的损害赔偿并未消灭，可得利益作为一种可期待利益，在合同生效后即依法产生并受合同的保护。合同解除并不导致合同的不复存在，因为合同解除并不消灭履行合同的目的。在合同目的不能通过原始性权利义务实现时，在合同解除后，当事人可通过主张损害赔偿来实现合同目的。鉴于此，可得利益损失应获得赔偿。司法实践中也不断出现支持合同解除后的可得利益的有益探索。本案中，法院作出的最后判决，支持了原告有关可得利益损失的请求，值得肯定。

编写人：上海市长宁区人民法院　卫晓蓓　傅君

25

风险代理型保险理赔委托合同及支付报酬条件成就的认定

——深圳市国信联合保险经纪有限公司诉厦门夏纺纺织有限公司委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集民初字第435号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告：深圳市国信联合保险经纪有限公司（以下简称国信公司）

被告：厦门夏纺纺织有限公司（以下简称夏纺公司）

【基本案情】

2009年9月11日，夏纺公司仓库发生火灾，导致库存棉花损失。2009年9月22日，夏纺公司与国信公司签订《保险索赔委托协议书》一份，约定夏纺公司委托国信公司办理2009年9月11日火灾的保险索赔事务。2009年10月10日，厦门市公安消防支队作出厦公消火认字（2009）第1号火灾事故认定书，认定夏纺公司火灾系因原棉自燃。2009年10月28日，中国人寿财产保险股份有限公司厦门市中心支公司向夏纺公司出具拒赔通知书，以事故起火原因为原棉自燃属于约定除外责任而拒赔。2009年10月22日，夏纺公司向福建省公安消防总队就火灾原因申请复核。2009年11月27日，福建省公安消防总队作出闽公消火复字（2009）第1号复核结论书，维持厦门市公安消防支队作出的（2009）第1号火灾事故认定。

2011年9月30日，人寿保险公司出具《情况说明》一份，载明夏纺公司于2009年9月11日发生火灾，向其保险索赔，2009年10月10日厦门公安消防支队出具火灾原因报告，2009年10月28日人寿保险公司出具拒赔报告，后经厦门市政

府金融办的几次主持协商，双方于2010年10月15日达成《夏纺火灾案件协商调解备忘录》，人寿保险公司赔偿夏纺公司5000000元人民币。在上述火灾的损失金额核对、索赔、拒赔、协商理赔至达成备忘录期间，该司（包括经办人员）从没与自称是国信公司的任何人员有过见面接触谈及夏纺公司的上述火灾索赔、理赔事项，也从未接到过与此有关的国信公司出具的任何书面函件。

【案件焦点】

国信公司提供的服务与夏纺公司最终获赔5000000元之间是否存在因果关系。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院认为：本案系支付委托费及损失而引发的委托合同纠纷。双方签订的《保险索赔委托协议书》系双方真实意思表示，不违反法律法规强制性规定，未发现侵犯第三人合法权益情形，合法有效，各方应依照合同履行相应法律义务。讼争委托合同约定，国信公司按夏纺公司最终获得保险赔款金额的2.5%计提服务费，该条款表明双方约定的服务费支付条件系提供服务并获得赔付结果，并非只要国信公司提供服务就应按此计费。现有证据表明，国信公司提供的服务与夏纺公司最终获赔500万元之间没有因果关系，国信公司并不具备合同约定的获得报酬条件，其主张被告支付服务费125000元的请求，于法无据，不予支持。其主张服务费于法无据，则依此计收滞纳金的请求，亦于法无据，也不予支持。双方签订委托协议中关于差旅费支付的约定为，夏纺公司负责安排国信公司办案期间的住宿（限夏纺公司工厂宿舍，如住宾馆由国信公司自行承担）。合同约定的差旅费中没有约定被告需承担交通费，故原告主张被告支付交通费3850元的请求，于法无据，不予支持；合同约定被告承担住宿限夏纺公司工厂宿舍，如住宾馆由国信公司自行承担，现原告提供的住宿费发票为宾馆发票，也无证据证明其住宾馆的原因是夏纺公司不给其安排工厂宿舍，故依照合同约定该费用亦应由原告承担，其主张被告支付住宿费2231.36元的请求，于法无据，难以支持。

综上，厦门市集美区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六条、第六十条第一款、第三百九十六条、第四百零五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：驳回原告深圳市国信联合保险经纪有限公司的诉讼请求。

【法官后语】

在风险代理型的委托合同中，委托人先不预支付代理费，费用先由代理人预先垫付，合同约定的事务完成或结果出现后，委托人按照约定付给代理人作为报酬，如果约定的事务未完成或约定的结果未出现，代理人将得不到任何回报，无法收回预先垫付的费用。

本案讼争委托代理合同具有明显的风险代理特征。其一，依讼争合同国信公司能否获得报酬具有风险性。其二，国信公司获得报酬具有附条件性。其三，本案当中国信公司规定的报酬计算标准较高。其四，受托人国信公司自行承担办理委托事务的费用。

从本案合同高回报、高风险、附条件、受托人负担先期费用的特点可以看出原被告双方对于委托事务实际是约定了类似律师服务的风险代理。

风险代理型的委托合同正是以利益作为联系的纽带，利益是合同双方之间互相激励也是彼此制约的手段，对于风险代理型的委托合同报酬条件的成就认定不能以“结果”论，还要进一步探究受托人的行为与结果之间是否存在因果关系，从而对受托人的行为作出正确的评价。因此笔者认为对于报酬条件的成就的认定应从以下三个方面出发：

1. 委托事项的完成是报酬条件成就的前提。本案中被告主张支付报酬的依据正是原告获得了保险理赔款，若原告虽然也获得赔偿但并不是保险理赔款，原告自然无权主张赔偿。

2. 受托人行为与结果存在法律上的因果关系。本案中原告提交的证据只能证明在火灾发生后原告曾协助被告整理相关资料、起草相关文书向保险公司索赔，但最终保险公司仍是以火灾原因属于免赔事由而拒赔。保险公司之后同意向夏纺公司赔偿5000000元，是因为夏纺公司通过自身多渠道的努力，最终才在政府部门主持协商下获得了部分理赔，因此政府协商是理赔结果的直接原因。原告提供证据不能证明其参与促进和推动政府部门主持调解的事实。故而，国信公司提供的依委托合同索赔服务与夏纺公司最终获赔5000000元之间没有因果关系。

3. 本案属于当事人对委托合同报酬另有约定的情形。本案的委托代理合同对支付报酬条件进行了明确约定，受托人也不能以因不可归责于受托人的事由委托事务不能完成而主张报酬，应当适用双方的约定。

本案夏纺公司上千万的损失最终只获得5000000的赔偿，并且国信公司提供的索赔交涉等服务与最终理赔没有因果关系，法院的裁判结果无疑符合双方签订合同时的意思真意，在结果上也相对更为合理和公平。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　余巍　林达

26

学校代收保险费是否可视为学生的代理人

——宋大伍、陈元娣诉新津县泰华学校委托合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

四川省成都市中级人民法院（2012）成中终字第2808号民事判决书

2. 案由：委托合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：宋大伍、陈元娣

被告（上诉人）：新津县泰华学校

【基本案情】

2009年7月，原告宋大伍、陈元娣之子宋某参加了泰华学校组织的本校学生和部分非本校学生小升初的学前军训。其间，泰华学校教导处主任高亮、副主任赵耀负责向学生收取了保险代管费80元，未出具收款凭据。到2009年9月1日开学时，泰华学校对本校就读的学生向中国人民财产保险股份有限公司新津支公司投保了“学生、幼儿安康保险”，对未在泰华学校上学的学生则未投保，学生已交保险费由学生自己到校退回。宋某不是泰华学校本校学生，在军训后未到泰华学校上初中。2009年10月30日宋某因病治疗无效死亡。宋某在四川华西医院治疗期间，治疗住院费共计63720.16元，随后原告向中国人民财产保险股份有限公司新津支公司申请理赔，但被拒赔，原因是被告并未将原告交纳的保险费交付中国人民财产保险股

份有限公司新津支公司。按照《学生、幼儿安康保险》中“疾病身故保险金额25000元，附加疾病住院医疗费40000元”的约定，原告应该获得保险金共计65000元，但是，由于被告并未代为交纳保险费，原告一直未收到保单，从而给原告造成损失。

原告请求法院：1. 判令被告赔付保险金65000元、取证费2224元，共计67224元；2. 判令被告承担本案诉讼费。

被告泰华学校辩称，学校代为学生投保的时间必须是九月一日开学后，而且具有泰华学校学籍才能投保，否则不符合保险公司投保条件。宋某不是泰华学校学生，泰华学校无法为其投保。请求驳回二原告的诉讼请求。

【案件焦点】

学校代收学生保费后，由于学籍等原因未为学生办理保险，导致发生保险事故后不能予以赔付，学校是否承担赔偿损失的责任。

【法院裁判要旨】

成都市新津县人民法院认为：宋某在参加泰华学校学前军训时已向学校交付了保险费。学校不是保险机构，其收取学生的保险费的目的明确，是代学生在中国人民财产保险股份有限公司新津支公司办理购买“学生、幼儿安康保险”。在泰华学校收取了宋某的保险费后，双方的委托合同关系成立。但是，学校未履行代理人的义务，未按双方约定为宋某买“学生、幼儿安康保险”致使在宋某死亡后二原告不能得到保险公司的赔付。按照《民法通则》相关规定，代理人不履行职责给被代理人造成损失的，应当承担民事责任。泰华学校本不应该在学生军训时就收取学生的保险费，且应当在9月1日开学后及时按照学生军训时所留的地址履行报告义务。泰华学校没有履行代理人的义务，给被代理人造成损失，应当承担民事责任。据此，依照《中华人民共和国合同法》第三百九十六条、第四百零一条、第四百零六条，《中华人民共和国民法通则》第六十六条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：

一、被告新津县泰华学校在判决生效后十日内向原告宋大伍、陈元娣赔付损失，共计65000元。

二、驳回原告宋大伍、陈元娣的其他诉讼请求。

本案案件受理费741元，由被告新津县泰华学校承担。

宣判后，泰华学校提起上诉。成都市中级人民法院经审理后判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

学校代收保险费为学生代办保险的现象十分普遍。发生保险事故后，往往由于手续不全、保费未交、保单未给投保人的情况，导致投保人理赔困难，遭受损失难以通过保险渠道予以弥补。

本案中，泰华学校实际收到了学生交来的保费，因此双方已经建立了事实代理关系。第一，学生交纳保险是应学校的通知，即双方已就代办保险达成合议。第二，学校已收到学生交来的保费，即双方的合议已开始履行。第三，向学生收取保险费是老师根据学校的安排，履行的是一种职务行为，其行为后果应当由学校承担。上述三项，符合委托代理法律关系的构成要件。学校收取了宋某的保险费后，双方的委托合同关系成立，应该承担代理为宋某购买保险的义务。由于泰华学校在收取了宋某的保险费后，未履行代理人的义务，未按双方约定为宋某买“学生、幼儿安康保险”致使在宋某死亡后二原告不能得到中国人民财产保险股份有限公司新津支公司的赔付，泰华学校应当承担赔付责任。

编写人：四川省成都市新津县人民法院　贾肖　岑永奇

27

行使留置权应符合法定条件

——广州市新锦龙塑料助剂有限公司诉广州弘力物流有限公司、广州火神国际货运服务有限公司货运代理合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广州铁路运输中级法院（2012）广铁中法民终字第3号民事判决书

2. 案由：货运代理合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：广州市新锦龙塑料助剂有限公司（以下简称新锦龙公司）

被告（上诉人）：广州弘力物流有限公司（以下简称弘力公司）

被告：广州火神国际货运服务有限公司（以下简称火神货运公司）

【基本案情】

2010年10月19日，原告新锦龙公司与被告火神货运公司签订《铁路货物运输协议》，合同有效期为壹年，双方约定，火神货运公司根据新锦龙公司委托，以铁路运输方式运输新锦龙公司的货物。同年12月2日，新锦龙公司与武汉开元化学助剂有限公司签订《产品购销合同》，约定：需方（即武汉开元化学助剂有限公司）向供方（即新锦龙公司）订购下列产品：增塑剂ESO（即环氧大豆油）20吨，总价值为人民币246000元，铁运；供方负责送货至需方指定收货单位……同年12月3日，新锦龙公司将上述货物交由火神货运公司办理铁路运输。双方签订的《货物托运单》载明：发站为广州，到站为成都；托运人为新锦龙公司；收货人为武汉开元，住址为四川仁寿意大利皮革城。新锦龙公司托运货物后，因货物迟迟未能到

达收货人，新锦龙公司多次催促火神货运公司，直到2010年12月20日下午才从火神货运公司处得知，因火神货运公司欠弘力物流公司运费，货物被弘力物流公司扣押在成都。新锦龙公司马上责成火神货运公司火速协调解决此事，火神货运公司答复三天内一定处理好，但至今未果。

又查明，新锦龙公司为避免损失扩大，另行生产一批替代货物，于2011年1月3日委托芳川实业公司中集辽沈运输部加急快运到四川仁寿，新锦龙公司为此支付运费8800元。

新锦龙公司因涉案货物迟延交付，与武汉开元化学助剂有限公司达成协议，按双方《产品购销合同》的约定，遇市场价格变动因素产品每吨单价由原来12300元下调为12100元。新锦龙公司支付违约金73800元。2011年2月28日武汉开元化学助剂有限公司出具收据，确认收到新锦龙公司支付违约金73800元。

【案件焦点】

弘力物流公司是否有权留置涉案货物。

【法院裁判要旨】

广州铁路运输法院经审理认为：新锦龙公司与火神货运公司签订《铁路货物运输协议》，系当事人之间真实意思表示，内容不违反法律、法规禁止性规定，应为有效合同。虽然上述两公司签订的协议名称为《铁路货物运输协议》，但协议内容约定的是新锦龙公司委托火神货运公司代办铁路运输，故本案应定性为货运代理合同纠纷。在履约过程中，火神货运公司未将涉案货物交付给新锦龙公司指定的收货人，在未经授权的前提下擅自转委托给弘力物流公司。而弘力物流公司在占有涉案货物后，以火神货运公司欠其运费为由拒不返还，导致新锦龙公司对涉案货物享有的所有权受到侵害。

关于弘力物流公司是否为本案适格被告的问题，经查，弘力物流公司辩称，其与新锦龙公司没有合同关系，不是新锦龙公司与火神货运公司合同的当事人，不是本案适格被告。弘力物流公司虽不是本案货运代理合同的当事人，但其明知涉案货物为新锦龙公司所有，在基于转委托关系占有货物后仍予以扣留，侵害了货物所有人新锦龙公司的权利，新锦龙公司据此有权向其主张权利。根据《物权法》第二百三十条的规定："债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人

的动产，并有权就该动产优先受偿。”由此可见，债权人行使留置权必须满足两个前提条件：一是债务人的债务到期；二是留置的是债务人的财产。本案中，在明知火神货运公司不是涉案货物真正权利人的前提下，弘力物流公司以火神货运公司欠其运费为由，扣留新锦龙公司所有的货物，不符合行使留置权的法律规定。弘力物流公司虽提出扣押涉案货物系基于其与火神货运公司的合同关系，但未提供证据证明该合同关系的真实性、合法性。因此，弘力物流公司主张因火神货运公司欠其运费而留置新锦龙公司的货物，于法无据，法院不予采纳。

广州铁路运输法院依照《合同法》第四百条、第四百零二条、第四百零三条、第四百零六条、第四百零九条，《物权法》第七条、第三十九条、第二百三十二条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，《民事诉讼法》第一百三十条，判决：

一、被告广州火神国际货运服务有限公司赔偿原告广州市新锦龙塑料助剂有限公司损失 320000 元。

二、被告广州弘力物流有限公司对判决第一项所确定的被告广州火神国际货运服务有限公司的债务 320000 元承担连带责任。

弘力公司不服原审法院判决，提出上诉。二审法院支持一审法院的裁判理由，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议的关键焦点是弘力公司是否享有留置权的问题。

留置权，是指债权人按照合同约定占有债务人的财产，在债务人逾期不履行债务时，有留置该财产，并就该财产优先受偿的权利。留置权制度主要分为债权留置权和物权留置权。我国《民法通则》以债的担保形式将留置权规定在“债权”一节，而《担保法》、《物权法》则明确规定留置权为担保物权。

根据《物权法》第二百三十条的规定，留置权的成立必须符合三个条件：一是债权人须占有属于债务人的动产。即留置权的客体应是属于债务人的动产，并且该动产具有让与性，否则，留置物优先受偿的目的是无法实现的。二是债权的履行期限已经届满。在债权履行期内，如果允许债权人随意行使留置权，既有悖留置权设立的初衷，也违反民法之公平原则。三是债权人须合法占有债务人的动产。《担保

法》第八十四条规定："因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行该债务的，债权人有留置权。"该条表明留置权只产生于保管、运输、加工承揽等合同关系中，其他法律关系则不适用。但《物权法》突破了此限制，只要满足合法性原则，留置权不仅适用合同之债，也适用不当得利之债、无因管理之债、侵权之债。关于留置权的合法性，应包括对债务人动产的占有不得基于侵权行为，不得违反公序良俗，也不能与债权人应承担的义务相抵触。

本案中，新锦龙公司与火神公司签订《铁路货物运输协议》，新锦龙公司按约定支付了运费，但火神公司未履行承运义务，且未经新锦龙公司同意擅自将货物交由弘力公司运送，火神公司的行为已构成违约。而弘力公司在占有货物后，以火神公司欠其运费为由，对新锦龙公司所有的货物行使了留置权，该行为不符合法律规定留置权的成立要件，侵犯了新锦龙公司的财产权益。因此，对于新锦龙公司的货物损失及其它实际损失，火神公司应承担违约赔偿责任，弘力公司则应对火神公司的赔偿责任承担连带责任。

编写人：广州铁路运输中级法院　陈作斌

28

判决认定的律师费与合同约定费用的关系

——上海浩航律师事务所诉刘莺音诉讼代理合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民一（民）终字第2134号民事判决书

2. 案由：诉讼代理合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：上海浩航律师事务所（以下简称浩航所）

被告（上诉人）：刘莺音

【基本案情】

2012 年 3 月 8 日，被告刘莺音因本人人身损害事宜与原告浩航所签订了《聘请律师合同》，双方约定律师服务费为 6000 元。原告受托后，指派朱旗元律师为上海市黄浦区人民法院审理的刘莺音与上海巴士电车有限公司生命权、健康权、身体权纠纷一案一审的诉讼代理人。2012 年 6 月 13 日，上海市黄浦区人民法院作出了（2012）黄浦民一（民）初字第 1563 号民事判决，基本支持了刘莺音的诉请。原告依约履行了合同义务，但刘莺音却未按约支付律师服务费。原告多次催讨无着，诉至法院要求判令被告支付原告律师服务费 6000 元并承担本案诉讼费。

【案件焦点】

法院判决确认的律师费与《聘请律师合同》约定的律师服务费是何关系。

【法院裁判要旨】

上海市静安区人民法院认为：原、被告签订了《聘请律师合同》，双方均应按合同的约定全面履行。现原告依约提供并完成了法律服务，且该合同约定的 6000 元律师服务费也未超出有关部门规定的范围，故被告应按合同的约定支付。被告所称原告曾承诺被告律师服务费按上海市黄浦区人民法院判决中所酌定的律师服务费支付之说，没有充分证据证明，法院不予采信。原告的诉讼请求，符合有关法律规定，法院依法予以支持。

上海市静安区人民法院根据《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条、第三百九十六条、第三百九十八条，判决：被告刘莺音支付原告浩航律师事务所律师服务费 6000 元。

被告刘莺音不服提起上诉。上海市第二中级人民法院认定的事实与一审认定一致。法院经审理后认为，上海浩航律师事务所与刘莺音签订的《聘请律师合同》合法有效，双方当事人均应全面履行。现上海浩航律师事务所履行了合同约定的提供法律服务的义务，可以按约主张律师服务费。刘莺音认为合同约定的 6000 元律师服务费并非双方真实意思表示，依法应当承担举证责任。现刘莺音仅提供了证人证言，且上海浩航律师事务所予以否定，在无其他证据相印证的情形下，对于刘莺音所称的“口头约定”难以采信。原审认定事实清楚，判决并无不当，予以维持。上诉人的上诉请求没有事实依据，不予支持。

上海市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

律师是一种凭借其专业知识和实践经验为当事人提供法律服务的社会职业，当事人需要支付一定的报酬来购买律师所提供的这种“智力成果”。然而，在社会实践中，我国律师与当事人之间因律师收费问题产生了诸多纠纷。但需要强调的是，律师费并非《侵权责任法》、《人身损害司法解释》规定的法定赔偿项目。审判实践中，考虑到受害人因诉讼聘请律师确实会产生一定损失，为更大限度地维护受害人的权益，律师费可以（并非应当）作为当事人请求赔偿处理事故产生的费用。鉴于目前律师收费有多种标准，包括计时、计件，还有风险代理等，且不同级别的律师收费标准也不同，故在审判实践中，法官一般根据案情，结合案件的难易程度以及案件标的等因素来综合确定。

本案中被告刘莺音称，虽然双方签订的《聘请律师合同》约定律师服务费为6000元，但当时接洽她的浩航所负责人称实际收取的律师服务费将根据法院的实际判决确定，现判决中所支持的律师服务费仅为3000元，且该负责人承诺律师费由机动车交通事故责任纠纷中的被告全额负担，故被告刘莺音并未在签订合同后直接支付律师费。

《聘用律师合同》作为合同的一种，是当事人双方之间经协商意思表示一致的协议，体现了意思自治这一民法基本原则。本案中所涉合同符合法律规定的成立和生效要件，且合同约定的律师服务费在有关部分规定的合理范围之内。作为有效成立的合同，当事人双方均应按照合同的约定全面履行合同义务。浩航所依约提供并完成了法律服务，且刘莺音就自称部分的阐述并未提供有效并形成证据链的证据，故法院未予采信。从合同角度来看，当事人在自愿平等情况下签订的合同对双方均有约束力，合同成立生效后双方应根据合同约定全面履行义务，故被告刘莺音应根据合同约定履行支付律师服务费6000元的义务。

本案涉及的问题是法院判决支持的律师费和受害人与律所约定的律师费之间是何关系。首先需要明确，虽然审判实践中法院在人身损害赔偿案件中支持律师费，但该项费用并非法定的赔偿项目。法院考虑到受害人因诉讼聘请律师确实会产生一

定损失，为更好地维护受害人的权益，根据案件的难易程度以及案件标的等因素综合考虑后，酌情支持律师费用。人身损害赔偿中的加害人之所以赔偿原告聘请律师的费用，其基础在于分担原告这方面的损失，体现法律对侵权行为的惩罚作用。但也正是基于律师费并未作为法定的赔偿项目，法院在判决支持律师费时，将其作为平衡受害人损失的调节器，酌情予以保护，故与原告因聘请律师实际支付的费用可能存在差异。侵权赔偿与合同约定是两种不同的法律关系，法院支持的律师费是侵权赔偿中维护受害人权益的表现，而合同中约定的律师费是受害人享受到律师提供的法律服务后应按约履行的合同义务，两者有所交叉但并不等同。律师在收费时应综合考虑各种情形合理收费减少此类纠纷发生。

编写人：上海市静安区人民法院　吴瑛

五、建设工程合同

29

质量保证金的支付时间

——融安县第二建筑工程有限公司诉柳州市满地宝农产品开发有限公司建设工程施工合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区柳州市融安县人民法院（2012）民字第7号民事判决书

2. 案由：建设工程施工合同纠纷

3. 当事人

原告：融安县第二建筑工程有限公司

被告：柳州市满地宝农产品开发有限公司

【基本案情】

2009年1月13日，原告融安县第二建筑工程有限公司（承包人）与被告柳州市满地宝农产品开发有限公司（发包人）就建设大将金桔综合批发市场、交易大棚签订一份建设工程施工合同，合同签订后，原告依约按时进场施工，在第一期工程即大将金桔综合批发市场建设完工后，2010年5月31日，由原被告方组成的竣工验收组对该工程进行了验收并作出了建设工程质量竣工验收意见书，评定该工程为合格，原被告双方及监理单位均在该意见书上签字盖章。在该工程建设过程中被告曾向原告通过银行转账的方式共支付65万元工程款，但并未严格依合同约定支付

进度款。2010 年 5 月 27 日，双方就建设工程还款问题及违约责任另行达成工程还款协议：被告（协议甲方）从工程验收之日起 150 天内向原告（协议乙方）一次性付清该合同款 200 万元，结算时按乙方实际工程量结算工程款，为此乙方同意将该工程验收后交付甲方使用；甲方未能按此协议约定时间付清乙方所有工程欠款，甲方应向乙方每天按总欠款额的 1‰偿付作为乙方利息补偿。

2011 年 3 月 21 日，因被告并未依照还款协议履行还款义务，原告诉至法院，请求判令：被告向原告支付建筑工程款 1129834. 15 元及利息 73552 元，合计 1203386. 15 元。广西壮族自治区融安县人民法院于 2011 年 10 月 18 日对该案作出了（2011）融民二初字第 32 号民事判决书支持了原告的诉请。原被告双方均未提起上诉，现该判决已经生效。被告虽未上诉，但也并未主动履行该判决，也未向原告支付剩余的工程款。

另外，根据原双方签订的施工合同第三部分专用条款第 26 条约定：……余下 5% 的工程款质量保证金足年后 15 天内一次性付清；以及房屋建筑工程质量保修书第二项约定：质量保修期自工程竣工验收之日起计算，被告应于 2011 年 6 月 15 日前一次性付清工程质量保证金 93675 元。

2011 年 11 月 23 日，原告再次提起诉讼。请求判令：1. 被告立即向原告支付“大将金桔综合批发市场”工程质量保证金 93675 元及利息损失 11016 元合计 104691 元（利息从 2011 年 6 月 16 日暂算至 2011 年 11 月 30 日止，利率按每天万分之七计算，之后的损失继续算至被告全部支付完所拖欠的质保金为止）；2. 被告支付原告因未能及时给付工程款而造成的利息损失 192976 元（利息从 2011 年 4 月 1 日暂算至 2011 年 11 月 30 日止，利率按每天万分之七计算，之后的损失继续算至被告全部支付完所拖欠的工程款为止）。

被告认为质保金是足年后支付，按照我国法律的规定，工程最低的保修期是 2 年，所以保修期也应该是两年，根据施工合同质保书中的约定，最低保修年限为 2 年。原被告所签的还款协议是针对应付工程款，不应包括质保金。被告认为该诉讼请求与（2011）融民二初字第 32 号案件中的诉讼请求重复，而该案目前已经进入执行程序，被告已向原告支付了 70 多万元，故而本案再按照原本金计算利息对被告不公平。

【案件焦点】

建设工程施工合同中约定的质量保证金给付时间如何确定。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区融安县人民法院认为：就质保金支付时间的问题，本案中双方当事人在建设工程施工合同中专用条款第26条中“余下5%的工程质量保证金足年后15天内一次性付清”的约定与双方签订的《房屋建筑工程质量保修书》中工程质量保修期的约定并不冲突，也未违反《建设工程质量保证金管理暂行办法》中的规定。本案“质量保证金”的理解应参照《建设工程质量保证金管理暂行办法》的第二条的规定，解释为“从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金”。《建设工程质量保证金管理暂行办法》第五条规定缺陷责任期从工程通过竣（交）工验收之日起计。现双方在合同中约定了“足年”作为“缺陷责任期”，而“足年”按照字面理解应是指从工程竣工验收后届满一年，即从工程验收日2010年5月31日之次日起开始计算一年的缺陷责任期，至2011年5月31日届满。而双方在合同中约定质保金在工程验收足年后15天内一次性付清即应在2011年6月15日前将质保金付清。但是被告并未在此期间届满后支付质保金。工程质量保证金是工程款的一部分，此部分的延迟支付的利息损失可参照还款协议中违约责任的承担方式进行计算，现原告请求按照低于约定利率1‰而按照万分之七的利率进行利息计算并无不妥。原告要求被告支付“大将金桔综合批发市场”工程质量保证金93675元及利息损失（延迟支付之日即2011年6月16日起按照每天万分之七的利率计算）的诉讼请求符合法律的规定，应予以支持。

就大将金桔综合批发市场的工程款延迟支付的赔偿问题，可按照双方2010年5月27日签订的还款协议进行计算，而原告在（2011）融民二初字第32号案件中提出的诉讼请求的利息是计算至2011年3月31日，现原告请求从2011年4月1日起计算并不重复，而（2011）融民二初字第32号案虽已进入执行程序且已执行了70余万元的款项，但在2011年11月30日之前即原告诉讼请求中的利息计算截止日被告并未主动履行生效判决向原告支付任何款项，故而原告要求被告支付原告因未能及时给付工程款而造成的利息损失（利息从2011年4月1日暂算至2011年11月30日止，利率按每天万分之七计算，之后的损失继续算至被告全部支付完所拖欠

的工程款为止）的诉讼请求符合法律的规定，应当予以支持。

广西壮族自治区融安县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、六十一条、七十七条、第一百零九条、第一百一十四条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十七条，参照《建设工程质量保证金管理暂行办法》第二条、第五条，判决：

一、被告给付原告“大将金桔综合批发市场”工程质量保证金93675元及利息损失11016元合计104691元（利息从2011年6月16日暂算至2011年11月30日止，此后利息以93675元为基数按万分之七的日利率计算至履行完毕时止）。

二、被告给付原告工程款的利息192976元（利息从2011年4月1日计至2011年11月30日止，此后利息以1129834.15元为基数按万分之七的日利率计算至履行完毕时止）。

本案受理费5765元由被告负担。

【法官后语】

涉案批发市场的工程款应在竣工后独立支付，而质量保证金系工程建设款的一部分，原、被告所约定的工程质量保证金的给付期限（即缺陷责任排除期）符合行政规章所指引的“缺陷责任期”，故原、被告所约定的给付期限有效。虽被告的部分财产已在强制执行程序中，但实际被告未按照（2011）融民二初字第32号民事判决书所确定的建筑工程款履行给付义务，应当按照约定向原告支付逾期履行的利息。

建设工程施工合同所涉及的标的较为复杂，就工程款的给付期限和方式而言，具有承建资质的承建方很少能够垫资修建，通常需要发包方进行相应的资金支付，而发包方囿于资金周转效率、资金来源多元等限制通常难以实现工程款一步到位，因此，根据工程的进度分期按价款比例支付是建设工程施工合同条款的常态。双方在履行合同中，若合同标的有所变化，双方可以按照变化后合同约定的内容进行履行；如果双方未约定且又不能协议补充的，则原合同的给付期限和方式应当作为双方间的交易习惯约束标的变化后的合同给付期限和方式。合同权利义务的实现方式由于符合当事人的预见通常而言是均衡的，其符合双方未发生争议前所共同追求的合同目的，双方权利义务的确定符合诚实信用原则。

编写人：广西壮族自治区柳州市融安县人民法院　林子焜

30

违法发包人对实际施工人的补充赔偿责任

——高自荫诉林州建总建筑工程有限公司等建设工程施工合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第2047号民事判决书

2. 案由：建设工程施工合同纠纷

3. 当事人

原告：高自荫

被告：林州建总建筑工程有限公司（以下简称林州建总）、林州建总建筑工程有限公司福建分公司（以下简称林州建总福建分公司）、钟明山

【基本案情】

2008年4月26日，被告林州建总与厦门保生堂生物科技有限公司签订《建设工程施工合同》，承包建设厦门保生堂生物有限公司的研发中心办公楼、研发楼、地下室工程。被告林州建总将该项目的桩基及水电附属工程部分分包给被告钟明山。2008年4月19日，被告钟明山与原告签订了一份《静压管桩施工承包合同》。合同约定：由原告对厦门保生堂研发中心办公、研发楼、地下室工程（工程地点：湖里高新技术园内）的静压桩基础工程进行施工，结算方式为按监理确认的施工记录的配桩长度以每米150元计算（包工包料）；工程款付款方式为现金形式，原告施工完所有工程桩后两个月内被告林州建总福建分公司一次性支付完所有工程款。合同签订后，原告作为施工班组实际履行合同，包括安排人员及组织施工设备、材料进场施工，被告林州建总福建分公司及其“林州建总建筑工程有限公司厦门保生堂研发中心项目部”对原告履行合同的行为即提供材料、施工、报验、验收等均予签字盖章确认。

2008年6月4日，该工程桩基部分经被告林州建总福建分公司及勘察单位、设计单位、监理单位验收合格。经监理单位确认，原告实际完成该桩基工程的总配桩长度为9634米。2009年1月16日，经原告和被告钟明山确认，该桩基部分结算总金额为1355000元。但被告至今尚未支付该工程款。

【案件焦点】

发包人违法发包、承包人继续违法分包建设工程，违法发包人对实际施工人是否承担民事责任。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院认为：本案被告林州建总承包建设方厦门保生堂科技有限公司的工程项目后，将该工程的桩基部分和水电附属部分，分包给不具建筑资质的被告钟明山，该分包行为违反了法律的禁止性规定，是无效的合同。被告钟明山和被告林州建总对合同无效均有过错，应当承担相应的法律责任；被告钟明山将项目的桩基部分分包给同样不具建筑资质的原告，该分包合同亦因违反法律的禁止性规定而归于无效。对合同的无效后果，原告与被告钟明山均有过错，都应承担相应的法律责任。原告作为桩基项目的实际施工人，其所完成的工作经相关单位验收合格，故其要求相关义务人依照合同的约定支付工程款的诉讼请求，应予以支持。被告钟明山作为转包人，依照法律规定应当承担支付原告工程款的义务。被告林州建总福建分公司作为不具备法人资格、非独立核算的单位，其行为产生的法律后果，应当由其开办单位林州建总承担；被告林州建总将建设工程分包给不具备相应资质的被告钟明山，对合同无效的后果有过错，其对被告钟明山对外应承担的民事责任，应当承担赔偿责任，即赔偿原告因被告钟明山不能履行义务部分的责任。原告要求被告林州建总承担连带责任的诉讼请求，没有法律依据，不予支持。但为减少讼累，且由于被告林州建总承担的赔偿责任并没有超过原告的诉讼请求，依法认定被告林州建总应承担赔偿责任。关于原告主张的工程款利息承担——即原告损失的问题，因原告不具备建设工程施工资质而承包建设工程，对合同的无效亦有过错，故其损失应当自己承担。

厦门市湖里区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第五十七条、第五十八条、第二百七十二条，《最高人民法院关于审理建设工

程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条、第二条、第四条、第二十六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，判决：

一、被告钟明山于判决生效后十日内，支付给原告高自荫工程款1355000元。

二、被告林州建总建设工程有限公司对上述被告钟明山的债务承担赔偿责任，即承担被告钟明山不能履行债务部分的清偿责任。

三、驳回原告高自荫的其他诉讼请求。

【法官后语】

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定："实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。"该条款并未对发包人的发包行为合法与否作出限定。那么，违法发包人是否可以直接适用该条款只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任呢？

答案是否定的。从该条款在整个司法解释中的语境、前后条款及条文本身字义来看，该条款着重于"转包及违法分包"情况下实际施工人的救济方式；从责任内容上看，所谓欠付工程款，是指发包人依据承包合同应付而欠付承包人的工程价款。实际施工人向发包人主张权利时，发包人只是在欠付工程价款的范围内，将本应直接付给承包人的价款支付给实际施工人。即使承包人未支付或未完全支付实际施工人工程款，如果发包人能够证明其已向承包人付清工程款，则不能判决发包人承担责任。该条款事实上并未额外增加发包人的终局法律负担，故该条款中的发包人指的应是发包人合法发包、承包人转包或违法分包的情况。

回到本案焦点，若发包人本身构成违法发包，其对实际施工人是否应承担民事责任？承担什么性质的责任？显然，从民法的帝王条款"诚实信用原则"出发，在生效的司法解释尚且要求合法发包人承担责任的情况下，违法发包人毫无疑问更应承担民事责任，且基于违法发包人的过错，这种责任从程度上应大于合法发包人对实际施工人的责任。

违法发包人承担的应是补充责任。关于"补充赔偿责任"这个法律概念，我国《民法通则》中并无规定。一般认为，补充责任是指一种主从责任形式，当主责任人不足以行清偿全部债务时，才由次债务人对不足部分承担补充性赔偿责任。本案

中，违法发包人林州建总福建分公司虽违反法律规定将工程发包给不具有资质的钟明山，对其与钟明山之间合同无效存在过错，但在原告（实际施工人）与被告钟明山（违法分包人）的无效合同关系中，林州建总福建分公司的过错显然弱于直接选择合同相对人的被告钟明山。在法律没有规定特殊责任形式的情况下，根据过错与责任相符及公平原则，林州建总福建分公司与钟明山之间的责任应是有主次之分的。判决被告林州建总建设工程有限公司对被告钟明山不能履行的债务部分承担清偿责任，既保障了实际施工人的合法权益，与相关司法解释的立法原意和宗旨相符，又能够较好地贯彻公平原则。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　古汉民　林娜　陈惠清

31

收到付款方出具的银行承兑汇票后再将其背书转让，不可再向付款方主张承兑汇票贴息费用

——中泛建设集团有限公司诉厦门永红科技有限公司建设工程施工合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第2394号民事判决书

2. 案由：建设工程施工合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中泛建设集团有限公司（以下简称中泛公司）

被告（被上诉人）：厦门永红科技有限公司（以下简称永红科技公司）

【基本案情】

2011年11月2日，原告中泛公司与案外人禾阳公司（该公司与中泛公司同属

泛华集团的下属企业）签订《产品购销合同》，约定由厦门禾阳工贸有限公司向中泛公司供应价值达10950100元的螺纹钢和线材（以实际提货数量为准），付款方式则约定为“以银行转账支付、银行承兑汇票支付或经供需双方认可的其它方式支付”。

2011年11月9日，原告中泛公司与被告永红科技公司就中泛公司承包的永红科技公司的翔安永红电子（一期）工程的最终决算及付款方式签订《协议书》，约定永红科技公司在付款条件成就后的5个工作日内将本次应付工程款4054342元一次性支付给中泛公司。后，永红科技公司将一张出票日期为2011年12月29日，到期日为2012年6月29日的银行承兑汇票背书转让给中泛公司。中泛公司为了支付钢材款给禾阳公司，将该张银行承兑汇票背书给禾阳公司。2011年12月31日，禾阳公司持该张银行承兑汇票向招商银行办理票据贴现业务，向招商银行支付199764.44元的贴现利息。

中泛公司认为该贴现利息应当由永红科技公司承担，遂提起诉讼。

庭审中，中泛公司又举证一份签订日期为2011年12月30日的《补充协议》，该《补充协议》的签订双方为厦门禾阳工贸有限公司与中泛公司，根据该《补充协议》，双方钢材款的付款方式为银行承兑汇票支付，票面金额为4054342元的银行承兑汇票的贴息费用由中泛公司承担。被告永红科技公司提出其与原告中泛公司关于结算工程款的协议书中并未排除银行承兑汇票的支付方式，中泛公司与案外人禾阳公司签订的《产品供销合同》在约定银行承兑汇票支付方式时，也未约定中泛公司需要支付贴息费用给禾阳公司。对于中泛公司与禾阳公司之间的《补充协议》的真实性、合法性及关联性，永红科技公司均不予认可。永红科技公司认为中泛公司也未能证明其已经向禾阳公司支付贴息的事实。

另查明，中泛公司也曾就本案讼争纠纷向厦门市思明区法院提起诉讼，后以需进一步举证为由向思明区法院申请撤诉。在思明区法院的诉讼中，中泛公司举示的《补充协议》文本的格式、字体大小、印章位置等均与其在本次庭审中举示的《补充协议》文本不同，且在思明区法院诉讼中举示的《补充协议》文本没有落款时间。

【案件焦点】

被告永红科技公司是否需要负担该银行承兑汇票贴现的贴现利息。

【法院裁判要旨】

厦门市翔安区人民法院认为：中泛公司在庭审中陈述“补充协议原件本来是没有日期的，复印的时候补上日期，但发生笔误”，显然不足以合理解释其在思明区人民法院诉讼时提交的《补充协议》文本与其在本院诉讼中举示的《补充协议》文本因字体大小、印章位置不一、格式不一所造成的差别。且中泛公司与案外人厦门禾阳工贸有限公司同属泛华集团的下属企业，双方具有较为紧密、固定的共同利益。中泛公司在思明区法院庭审辩论时也承认《补充协议》文本是在 2012 年 1 月才制作出来。故《补充协议》的真实性法院不予认定。贴现利息是因为禾阳公司将该张银行承兑汇票向银行办理贴现而产生的，从《招商银行票据贴现业务客户回单》的表面来看，199766.44 元的贴现利息是由禾阳公司支付的。即使该《补充协议》是真实的，该贴息费用应当由中泛公司承担，但中泛公司并不能举证证明其已为禾阳公司负担了该笔贴息费用，也未能举证证明其与被告之间存在关于贴现利息由被告永红科技公司承担的协议。即《补充协议》与本案讼争纠纷之间的关联性亦无法认定。原告中泛建设集团有限公司要求被告厦门永红科技有限公司支付 199766.44 元银行承兑汇票贴现利息费用的诉讼请求缺乏事实与法律依据，法院不予支持。

法院依照《中华人民共和国合同法》第四条、第七条、第六十一条、第六十二条及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，判决驳回原告中泛公司的诉讼请求。

一审宣判后，中泛公司提起上诉，在二审过程中，中泛公司以减少讼累为由申请撤回上诉。福建省厦门市中级人民法院于 2012 年 10 月 16 日裁定准许中泛公司撤回上诉，一审判决已生效。

【法官后语】

1. “法不禁止即自由”是民商事领域的基本规则

合同双方约定或采用的结算方式只要不违反法律和行政法规的强制性规定就应当认定为有效。本案中，中泛公司与永红科技公司签订的《协议书》约定永红科技公司在付款条件成就后的 5 个工作日内将本次应付工程款 4054342 元一次性支付给中泛公司。关键点在于“一次性支付”该如何理解。这就产生了合同解释的问题，

须依照《合同法》第一百二十五条关于合同条款理解发生争议时的确定规则进行解释。首先，从诚实信用原则分析，本案中中泛公司在接受永红科技公司背书转让的银行承兑汇票时，并未提出异议或拒收，而且此后其为了支付钢材款给禾阳公司，又将该张银行承兑汇票背书给禾阳公司。这说明，中泛公司以其行为默认了永红科技公司以银行承兑汇票支付工程款的有效性。贴现利息是禾阳公司因将未到期的银行承兑汇票向银行办理贴现而产生的，从中泛公司在厦门市思明区法院和厦门市翔安区法院两次的诉讼活动中所出具的所谓《补充协议》的矛盾之处来看，法官从心证上更愿意认为是作为关联企业的中泛公司与禾阳公司合谋转嫁票据贴现费用而发动诉讼。其次，从合同交易的目的和交易习惯等方面分析，银行承兑汇票是《票据法》和中国人民银行《支付结算办法》所规定的合法支付结算方式，在经济活动中有着几乎等同于现金的高信誉度、高流通性。作为一个专业的建设工程施工企业，中泛公司在频繁的经营活动中应当熟悉银行承兑汇票这一结算工具的使用规则。其接受永红科技公司背书的4054342元银行承兑汇票时，意味着其无条件接受了由《票据法》和有关行政法规、部门规章所确定的关于银行承兑汇票的一切规则。根据合同的相对性原理，合同当事人以外的第三人既不能主张合同上的权利，更不负担合同上规定的义务，合同当事人亦无权为第三人设定合同上的义务。在中泛公司与禾阳公司的票据结算关系中，永红科技公司属于第三人。即使中泛公司举证的其与禾阳公司的《补充协议》是真实的，禾阳公司办理票据贴现产生的贴息费用亦不可自动的转由第三人永红科技公司承担。这样的判决结果是维护已经履行完毕的合同关系的有效性和稳定性，保护市场交易安全的必然要求。

2. 诚实信用原则在本案中的适用

诚实信用原则是现代民法的基本原则，同时也被确立为新修改的民事诉讼法的基本原则，贯穿于民事诉讼活动的始终。

本案的发生和审理虽处在第三次修改的《民事诉讼法》实施之前，但原《民事诉讼法》的相关条文仍然含有对当事人不得滥用诉讼权利的要求，原《民事诉讼法》第一百零二条规定："诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；……人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依

法追究刑事责任。”从合同交易的基本规则而言，合同主体在自由处分自己的合同权利，获取相应利益时，也须履行相应的合同义务，在交易行为不为强行法规定所禁止时应当认定为有效。因此，合同主体应尊重合同效力，在交易行为了结后没有权利后悔。从实际情况而言，中泛公司收到永红科技公司背书转让的银行承兑汇票后，也为了履行其与案外人禾阳公司签订的《产品购销合同》项下的付款义务，将该张银行承兑汇票背书给禾阳公司。应理解为中泛公司以其实际行为承认了永红科技公司以票据支付结算的有效性。中泛公司并不能举证证明其为禾阳公司负担了承兑汇票的贴息费用。从中泛公司的诉讼活动而言，其为主张诉讼请求，先在厦门市思明区法院起诉，后撤诉，后改到厦门市翔安区法院起诉。两次起诉时提交的《补充协议》文本字体大小不同、印章位置不一、格式不一，一份有日期，另一份没有日期。中泛公司在思明区法院庭审辩论时也承认《补充协议》文本是在2012年1月才制作出来。显然，这份证据是伪造的证据。这种滥用诉讼权利，企图以伪造的证据影响法院审判的失信行为自当承担不利的判决结果。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院　蔡景贤

32

工期延误导致建筑钢材及人工费用上涨该由谁担责

——中泛建设集团有限公司诉武夷学院建设工程施工合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省武夷山市人民法院（2011）武民初字第570号民事判决书

2. 案由：建设工程施工合同纠纷

3. 当事人

原告：中泛建设集团有限公司（以下简称中泛公司）

被告：武夷学院（原南平师范高等专科学校）

【基本案情】

2006年12月19日，原告中泛公司通过公开招投标的方式，中标承建被告武夷学院（原南平师范高等专科学校）的教工生活用房Ⅱ标段工程的施工项目，包括5幢别墅和6幢公寓楼。

2007年1月23日，中泛公司与武夷学院签订《建设工程施工合同》。该合同第一部分（协议书）主要约定：该Ⅱ标段工程的建筑面积约为12223.38平方米；承包范围包括土建、水电等；工期为330天，即从合同订立后，施工许可证下达之日起为开工之日；合同条款金额为8451131元。第二部分（通用条款）就发包人工作（8.1条）主要约定：完成施工现场土地平整、通水、通电和通道等“三通一平”工作，使施工现场具备施工条件。否则因此导致工期延误或者给承包人造成损失的，发包人得赔偿损失、顺延工期（8.3条）。第11.2条约定：“因发包人原因不能按照协议书约定的开工日期开工，工程师应以书面形式通知承包人，推迟开工日期。发包人赔偿承包人因延期开工造成的损失，并相应顺延工期。”第35.1（4）条约定：发包人不履行合同义务或不按合同约定履行义务的承担违约责任，赔偿因其违约给承包人造成的经济损失，顺延延误的工期。第三部分（专用条款）23.2条约定：“本合同价格采用固定价格方式确定，风险费用已包含在投保报价内。”本案合同及其他合同文件还就双方相关的权利义务作了约定。为此中泛公司交纳履约保证金850000元。

2007年3月27日，武夷山市建设局下达《建筑工程许可证》。该日期即为合同第一部分（协议书）约定的开工日期。2007年8月24日建阳市仰明工程监理有限公司（以下简称仰明监理公司）向中泛公司发出开工许可，称该工程项目的“三通一平”工作已于2007年8月23日完成，因此通知中泛公司进场施工。本案没有证据证明仰明监理公司因此向原告书面说明迟延开工的原因。据此，本案工程方中泛公司在收到仰明监理公司的开工许可后的次日，即2007年8月25日才开工，延误151天。

2009年9月30日，仰明监理公司就本案工程的部分项目，包括A型公寓的3、4号楼以需要更改位置为由向中泛公司发出“工程暂停令”，当年11月30日又发出“复工通知”，通知中泛公司按原位置继续施工。

工程施工中，中泛公司就其中两栋A型公寓，由于地质原因，建议武夷学校变

更基础设计方案，武夷学院就此决定取消该两栋A型公寓的建设计划。中泛公司与武夷学院协商，同意以武夷学院的附属工程项目予以置换。该附属工程包括水泥路面道路、排污排水涵沟等工程，造价450000元。

2008年10月13日，中泛公司提交竣工验收报告，经武夷学院、中泛公司、仰明监理公司、勘察公司、设计公司等有关部门验收，工程合格。工程也已交付。

另查明，本案工程项目施工期间，因雨天、停电、工程量变更以及孔桩检测等非因中泛公司的原因误工107天，对此仰明监理公司已经书面进行确认并说明理由。据此，扣除该正常延误的天数，中泛公司实际施工307天，在合同约定的330天工期内完成施工任务。由于武夷学院没有按照合同约定及时下达开工令，致使开工时间延误。恰逢在本案工程施工期间，包括钢材等建筑材料价格及人工费上涨，其幅度大大超过本案合同文件之一的招标文件23.2条确定的风险包干系数2%。经鉴定，原告为此多支出948068元（该数额不含利息），其中钢材款478314元，人工费用469754元。

【案件焦点】

开工延误期间管理人员工资及机械停滞等损失应该由谁来承担。

【法院裁判要旨】

武夷山市人民法院认为：本案《建设工程施工合同》系双方真实意思的表示，不违反法律规定，合法有效，双方均应按合同约定全面适当地履行各自的义务。中泛公司已如期承建完成合同约定的工程，并通过竣工验收合格。但工程开工前期，由于武夷学院未按照合同约定按期完成施工现场的“三通一平”工作，造成中泛公司开工延误，并导致钢材等建筑材料价格和人员工资上涨，该责任按照合同约定和法律的规定理应由武夷学院承担。但中泛公司所主张的损失中，第一项第（1）部分钢材和人工费上涨差价款已有鉴定结论为本案损失依据，应以鉴定结论所确定的948068元为准。中泛公司主张的钢材价格和人工费上涨差价款的利息（从2009年1月1日至2011年5月20日按中国人民银行同期贷款年利率5.4%计算，并要求计至付清之日止）以及其所缴纳的履约保证金850000元被多占用151天的利息损失20571元（按中国人民银行的同期贷款年利率5.85%计算），系武夷学院违约原因所致，且支付利息的时间和利率符合法律规定，中泛公司的该诉请合法有据，本院

亦予以支持。

原告中泛公司所主张的其余各项请求，从本案现有证据看，不足以证明上述损失成立。其中人员工资、机械停滞、搭建临时设施等损失，除了被告自行制作的表格和其他材料外，并没有业主和监理单位的确认，因此该部分损失本院无法确定。而取消两栋A型公寓建设计划后，武夷学院已经与中泛公司达成了置换工程的协议，故可视为对工程量的合理变更，其相应的权利义务也随之变更，虽然置换的工程量减少，但因此产生的后果中泛公司应当预见，而且取消两栋A型公寓建设计划是因为地质原因，非武夷学院恣意而为，法庭审理时中泛公司承认该部分损失其无法举证，对此亦无法支持。至于劳保费用取费问题，证据显示，中泛公司的劳保取费甲类时间为2008年7月1日至2009年6月30日，而在此之前的本案工程招投标直至合同订立期间其劳保取费类别为乙类。而在本案招标文件9.2条所载明的劳保亦为暂定甲类计取，并非确定的按甲类取费，且中泛公司也没有提交证据证明其已经为此多付了费用，故其该项请求亦不能成立。

武夷山市人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第一百一十二条、第一百一十三条第一款、第一百一十四条第一款、第一百二十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，判决：

一、被告应于本判决生效之日起十五日内赔偿原告建筑钢材差价款478314元和人工费用上涨差价款469754元，合计948068元。并支付该赔偿款从2009年1月1日起至本判决确定的付款之日按中国人民银行同期贷款年利率5.4%计算的利息。

二、被告应按上述期限赔偿原告所缴纳的履约保证金850000元被多占用151天的利息20571元。

三、驳回原告的其它诉讼请求。

【法官后语】

本案被告武夷学院未按照合同约定按期完成施工现场的“三通一平”工作，造成原告中泛公司开工延误达151天，该期间因市场建筑材料及人工费用上涨，建筑成本差价达948068元，确实存在能否适用情势变更原则的问题。

情势变更原则的适用在审判实践中尚需解决两个要点：其一，风险值与变化值的界定。其二，当事人是否预见或应当预见。即重大变化量值的认定和是否应当预

见的判断问题。这类纠纷多因市场价格的涨落而引发，价格涨落到何种程度可认定为情势已发生重大变化，即价格的量变值多大是风险责任到情势变更的质变，对此，须结合案情特别是当事人订立合同时的主观心态作具体分析。

就本案而言，一方面是由于建筑时间延后导致的建筑钢材差价款达478314元，另一方面是人工费用上涨差价款达469754元，该变化可谓重大。但情势变更原则的法律内涵要求对变化是否重大的认定，不能简单地根据某一数据的比值作出结论，而应结合当事人订立合同时的主观心态或心理承受准备、经济能力，以及导致工期延误的主要过错等情况综合分析。本案原、被告签订的合同已经明确约定，因发包人原因不能按照协议书约定的开工日期开工，工程师应以书面形式通知承包人，推迟开工日期。发包人应赔偿承包人因延期开工造成的损失，并相应顺延工期。因发包人原因造成停工，由发包人承担所发生的追加合同价款，赔偿承包人由此造成的损失，证明合同约定的双方的权利义务。本案由于被告过失工期延误，导致市场行情发生变化成本上升，由此可认为被告对市场情势的变化和风险承担已有心理承受准备。因此，被告理应支付本案建筑钢材差价款以及人工费用上涨差价款。

编写人：福建省武夷山市人民法院　何岚

33

施工合同多重违法分包的责任承担

——浙江鸿霖船舶工程有限公司诉天津宏德盛禹港口工程有限公司等航道、港口疏浚合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市高级人民法院（2012）津高民四终字第140号民事判决书

2. 案由：航道、港口疏浚合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：浙江鸿霖船舶工程有限公司

被告（上诉人）：长江武汉航道工程局（以下简称武汉航道局）

被告（被上诉人）：天津宏德盛禹港口工程有限公司（以下简称宏德公司）

被告：长江航道局、天津市南港工业区开发有限公司（以下简称南港开发公司）

【基本案情】

2009年6月28日，发包人南港开发公司与总承包人长江航道局签订《施工合同》。合同约定长江航道局承建造陆施工。长江航道局承接上述工程后，与宏德公司签订《吹填施工协议书》。约定宏德公司负责完成由取泥四区吹泥至东四区的施工，工程量暂定700万方，工程总价为人民币7000万元。合同对工程进度款的支付进行了约定。宏德公司承接上述工程后，于2010年4月10日与原告签订《吹填施工分包协议书》，约定由原告负责完成由取泥四区吹泥至东四区的施工。工程量以实际开挖方量结算。另外，原告与宏德公司、武汉航道局签订《分包协议见证书》，约定武汉航道局对工程量及工程款支付承担连带保证责任。上述合同主体中，长江航道局具有施工企业一级资质，原告和宏德公司施工企业资质等级标准均为三级。

合同完工后，原告、宏德公司和长江航道局于2011年1月5日签署吹填工程决算单，共同确认原告实际完成工程量338万立方米，工程款人民币32110123.5元。宏德公司实际支付人民币1990万元。针对长江航道局与宏德公司的施工合同，长江航道局与宏德公司于2011年9月8日签署施工工程决算单，共同确认长江航道局欠付人民币1298672元。南港工业公司支付了工程总造价的62%，为人民币315212522.53元，工程正处于第三方检验状态。

原告作为涉案工程的实际施工人完成工程任务，其合同相对人宏德公司拖欠工程款，原告要求违法分包人亦连带承担给付工程款责任。

【案件焦点】

违法分包情况下，拖欠工程款如何承担。

【法院裁判要旨】

天津海事法院审理认为，长江航道局具有施工企业一级资质，可以作为总承包人承接涉案工程。原告和宏德公司施工企业资质等级标准均为三级，按照实际施工方量计算，宏德公司应具有一级资质，原告应具有二级资质，方可承接相应工程。原告与宏德公司均不具有承包相应工程所要求的资质标准。因此，南港开发公司与总承包人长江航道局签订的施工合同合法、有效。长江航道局与宏德公司以及宏德公司与原告的施工合同系非法分包，均为无效合同。

根据最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（以下简称《建设工程司法解释》）第二十六条的规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。作为直接合同相对人的宏德公司对全部拖欠工程款承担责任。而违法分包人长江航道局与宏德公司签订的《吹填施工协议书》为无效合同，根据双方签署的工程决算单记载及庭审调查，双方共同确认按照合同条款，尚欠人民币 1298672 元未付。根据《建设工程司法解释》的相关规定，被告长江航道局应在其欠付的部分即人民币 1298672 元范围内承担共同给付责任。发包人南港开发公司与被告长江航道局之间《造陆工程施工合同》系有效合同。发包人未欠付工程价款，不承担支付工程欠款责任。武汉航道局提供担保，因主合同无效，担保合同亦无效，应承担相应无效担保责任。

天津海事法院依据《中华人民共和国合同法》第五十二条、第五十八条，《中华人民共和国担保法》第五条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条、第二条、第十七条、第二十六条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条，判决：

一、被告天津宏德盛禹港口工程有限公司于判决书生效之日起十日内给付原告浙江鸿霖船舶工程有限公司工程款人民币 8250500 元及利息（自 2011 年 1 月 5 日起至判决书指定履行期限内实际履行之日止，按照中国人民银行公布的同期同类人民币贷款利率计算）。

二、被告长江航道局于判决书生效之日起十日内在人民币 1298672 元范围内与被告天津宏德盛禹港口工程有限公司承担共同给付责任。

三、被告长江武汉航道工程局对前述给付义务不能清偿部分的三分之一承担给付责任。

判决后，武汉航道局仅对无效担保责任的承担部分提出上诉。天津市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于认定违法分包无效合同的责任。本案共有3份施工合同和1份担保合同。其中南港开发公司与长江航道局系有效发包合同，长江航道局与宏德公司及宏德公司与鸿霖公司均为非法分包合同，系无效合同。武汉航道局担保合同因主合同无效，亦为无效担保。

对于非法分包合同的责任承担，在审理中，合议庭出现二种意见。第一种观点认为，为纠正建设工程施工行业的违法行为，规范建设施工秩序，凡出现非法分包，应一律承担连带责任。第二种观点认为，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。该解释突破了合同相对性，扩大了责任主体范围，但未对违法分包人承担的责任进行具体规定，应综合分析个案中合同主体的履行情况。本案判决最终采纳第二种观点。因为，施工合同往往涉案金额巨大，如对已经依约履行合同的发包人、承包人等，均加以连带责任，则可能导致施工资金安排困难，影响整个工程进度，甚至造成工程停滞，产生连锁反应，会出现大量工程拖欠，直接影响实际施工人利益。所以应对主体身份和履行情况加以区分，发包人在欠付价款范围承担责任；部分履行合同的施工主体仅就未履行部分承担责任；导致非法分包，并影响实际施工人合法利益的，承担完全责任。案件审理中，应及时采取第三人到期债权保全等方式，对合同前手到期工程款项予以保全，确保实际施工人利益，实现案件良好的审理和执行效果。

编写人：天津海事法院　马士骏

34

合同意识及证据意识在生活中的意义

——伍树生诉蔡炳洪装饰装修合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集民初字第600号民事判决书

2. 案由：装饰装修合同纠纷

3. 当事人

原告：伍树生

被告：蔡炳洪

【基本案情】

2011年8月6日，蔡炳洪为甲方、伍树生为乙方，签订《室内水电安装工程承包合同》，约定乙方把位于厦门市集美区锦园西路北侧515号501室总建筑面积为103平方米的整套房子的室内水电安装工程承包给甲方，工程承包范围和内容为室内多媒体盒、给排水、强弱电及宽带网线、有线电视线、卫生间挂件等安装，工程承包形式为包工包料，工程承包期限（工期）为从2011年8月12日至2011年8月19日止，工程承包总价为7300元，其中K条约定："工程结算及支付方式：甲方做好水电沟槽时，乙方应支付甲方材料费人民币2000元整，甲方应提供收条。工程竣工验收合格后，5个工作日内乙方支付甲方全部工程款的80%，乙方入住半年后，未发现工程质量问题付清全部剩余工程款。"该合同并对双方的其他权利义务进行了约定。其后，被告蔡炳洪进行了施工，并完成了部分工程，但双方对于具体完成的工程量及工程质量产生争议，在本案审理过程中，双方当事人均未提出鉴定申请。2011年8月18日，伍树生支付蔡炳洪5000元。2011年8月18日，伍树生的妻子吴艳华在伟星管业的质量服务回执卡上签名。2011年年底，原告入住讼争的房屋。

【案件焦点】

被告具体完成的工程量及工程质量应如何认定。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院认为：关于原告要求被告返还水电安装费用5000元的诉讼请求，原告主张的理由是被告未完成部分工程且已完工的工程不符合质量要求，但是其并未提供证据加以证明，且原告现已经入住讼争房屋，故原告据此要求被告返还5000元，缺乏相应的事实与法律依据，不予支持。关于原告要求被告承担所有后继因水电故障造成原告损失8000元的诉讼请求，原告并未提供证据加以证明，且这些损失并未实际发生，不予支持。关于原告要求被告赔偿原告新门损坏1600元并要求被告赔偿其误工损失10000元的诉讼请求，缺乏相应的事实与法律依据，不予支持。关于原告要求被告赔偿原告因偷盗原告电线导致损失费用300元的诉讼请求，根据原被告之间的合同约定，被告系包工包料，且原告并未提供证据加以证明，不予支持。关于反诉原告要求反诉被告支付剩余工程款2500元的诉讼请求，根据庭审查明的事实，原被告之间的装修工程并未全部完工，故反诉原告要求反诉被告支付剩余的工程款2500元，缺乏相应的事实与法律依据，不予支持。关于反诉原告要求反诉被告支付误工费7500元的诉讼请求，缺乏相应的事实与法律依据，不予支持。综上，原告的诉讼请求及反诉原告的反诉请求均缺乏相应的事实与法律依据，法院均不予支持。

福建省厦门市集美区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：一、驳回原告伍树生的诉讼请求。二、驳回反诉原告蔡炳洪的反诉请求。

【法官后语】

合同在人们的生活中无处不在。合同意识，是指人们在社会生活及经济活动中有意识的将经济社会活动用书面合同的形式加以固定，并自觉的指导日常生活的一种心理认识。证据意识，即人们在社会生活和交往中对证据作用和价值的一种觉醒和知晓的心理状态，是人们在面对纠纷或处理争议时重视证据并自觉运用证据的心理觉悟。

从近年因装修住房而引发的矛盾纠纷来看，针对工程量较小的家庭装修或其他

小型建设工程，业主与施工方往往不签合同或签订的合同条款过于简单，这样就给以后的质量保障留下隐患。同时，由于缺乏证据意识，不重视证据的取得及保存，一旦产生纠纷，权利就面临风险。

本案中，原、被告双方各执一词，以至于矛盾激化，提出的诉求近乎苛刻，究其原因，是没有签订书面合同以及对于装修过程没有及时将证据加以固定，为以后的纠纷埋下了伏笔。因此，在装修新房时，应挑选有资质的施工方，在订立合同的时候，要对双方的权利义务、违约责任及保修条款作明确规定，把装修的标准、质量固定下来。在施工过程中要及时进行验收，增强证据意识，以免引起不必要的纠纷。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　韩德坤

35

单方委托鉴定的采纳标准及逾期竣工免责事由的认定

——江苏苏南建设集团有限公司上海分公司诉上海茂业投资有限公司装饰装修合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民二（民）终字第271号民事判决书

2. 案由：装饰装修合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：江苏苏南建设集团有限公司上海分公司（原江苏苏南建筑基础工程有限公司上海第一分公司，以下简称苏南公司）

被告（上诉人）：上海茂业投资有限公司（原上海金钵实业有限公司，以下简称茂业公司）

【基本案情】

2008年7月22日，苏南公司与茂业公司签订《主楼、辅楼钢结构及配套土建安装工程合同》（以下简称《安装合同》），约定茂业公司将上海金钵大厦整修装饰工程发包给苏南公司承建。工程造价暂估为3520000元，其中包含总包工程配合费，由茂业公司代扣代付。系争工程按实结算，超过总价5%，茂业公司不予增加总价，总价低于暂估价的，按实扣减，除非在茂业公司同意的情况下对产品的规格、质量标准进行变更，否则苏南公司不得以任何理由上调价格。工期自2008年7月12日至2008年8月20日止。双方对工程款按相应进度支付做了约定。结算总工程款余额5%在竣工验收期满24个月后的一周内支付。苏南公司完工时间不符合合同约定，超期5日起计罚金，每逾期一日按1000元/日支付给茂业公司违约金。2008年11月18日，苏南公司与茂业公司签订《金钵大厦主辅连廊旋转楼梯施工合同》，约定茂业公司将金钵大厦连廊旋转楼梯工程发包给苏南公司承建。合同造价总价包干80000元。苏南公司开工后，竣工并交付使用。2009年4月3日，苏南公司与茂业公司签订《安装合同》的补充协议，协商同意对系争工程项目进行审价。茂业公司委托上海中世建设咨询有限公司（以下简称中世公司）对系争工程进行审计，审计结论为系争工程造价为2961894元。

原告苏南公司诉称：原告按约完成施工，经原告自行结算，系争工程造价为4896471元，扣除被告已经支付的工程款177万元，尚欠3126471元至今未付。根据《安装合同》约定，工程交付时间不符合约定，超期5日起计罚金，每逾期一天按每天1万元支付违约金，现系争工程逾期600多天，原告仅主张277天的违约金。现向法院起诉要求：一、判令被告支付工程款3126471元；二、判令被告支付违约金2770000元（按10000/日标准计算277天）；三、诉讼费由被告负担。

被告茂业公司辩称，《安装合同》补充协议约定对系争工程进行审计，经中世公司审计工程造价为2961894元，被告已经支付给原告工程款2350365元。合同约定逾期竣工每逾期一日按10000/日支付违约金的条款不适用于原告。原告逾期竣工225日，按合同规定扣除5日，应承担逾期竣工违约金220万元，故被告已不欠付原告工程款。请求驳回原告的诉讼请求。

审理过程中，经苏南公司申请，法院委托大华咨询公司对系争工程进行审计，审计结论为本案所涉标的物工程造价为3535956元。

另查，2008年11月10日，苏南公司向茂业公司提交请款报告称，我司合同施工内容完成已达98%。茂业公司签收认可。苏南公司于2008年8月初才收到系争工程的正式图纸。

【案件焦点】

1. 中世公司对系争工程造价所做出的审计结论能否采信；2. 苏南公司逾期竣工，是否应当承担违约责任。

【法院裁判要旨】

上海市浦东新区人民法院认为：法院无法采信中世公司对系争工程造价所做出的审计结论。首先，茂业公司自认其单方委托中世公司对系争工程进行审计，事先未明确告知苏南公司委托的审计单位是中世公司。其次，茂业公司无证据证明在审计过程中，苏南公司积极参与了整个审计过程。再次，苏南公司虽然签收了中世公司出具的审计初稿，但及时对审计初稿提出了书面异议。最后，茂业公司无证据证明将调整后的正式审计报告送达给苏南公司。苏南公司目前对中世公司出具的审计报告仍持有多项异议。法院通过重新鉴定，采纳了大华咨询公司的审计结果，结合证据确认系争工程造价为3770511元，扣除茂业公司已经支付的工程款2070365元，茂业公司还应支付给苏南公司工程款1700146元。

苏南公司逾期竣工，但不应当承担违约责任。首先，合同约定工期自2008年7月12日至2008年8月20日，苏南公司于2008年8月初才收到系争工程的正式图纸，是造成延期竣工的原因之一。其次，苏南公司在2008年11月10日左右已完成施工内容的98%，且剩余工程预期在11月底前完工。第三，茂业公司、设计单位、总包单位在合同约定的完工期即2008年8月20日之后出具九份技术核定单，对工程范围、工程量以及设计方案等多次进行变更。最后，茂业公司无证据证明系争工程逾期竣工是因苏南公司的过错造成的。因此，对茂业公司要求苏南公司支付延期竣工违约金2200000元的反诉请求，法院难以支持。综上，判决如下：

一、被告茂业公司在本判决生效之日起十日内支付原告苏南公司工程款人民币1700146元。

二、驳回原告苏南公司的其余诉讼请求。

三、驳回反诉原告茂业公司的全部反诉请求。

【法官后语】

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第二十七条，列出了可重新鉴定的四种情形。当事人在诉前自行委托的鉴定机构所做鉴定，难以确保鉴定人的中立性和鉴定结论的客观真实性。法院采纳自行鉴定结论的标准，显然应该比《证据规定》第二十七条更加严格。因此，申请重新鉴定的证据应当围绕鉴定资格、鉴定程序、科学性、公正性来进行证明，只要上述某一个方面存在疑点，具有不可采性，应当予以重新鉴定，为避免重复鉴定，不再由当事人自行委托鉴定，改由法院委托鉴定机构重新鉴定。我们认为只要符合以下条件之一，对当事人自行鉴定的结论就不应采纳：（1）鉴定人不具备相关鉴定资格的；（2）鉴定程序不符合法律规定的；（3）鉴定结论与其他证据明显有矛盾的；（4）鉴定材料有虚假，或者原鉴定方法有缺陷；（5）鉴定人应当回避没有回避；（6）有证据证明存在其他影响鉴定人准确鉴定的因素的；（7）有证据证明鉴定人弄虚作假的；（8）现有的科学技术已经能够证明当时复核鉴定结论明显错误的，现有纠正必要的；（9）复核鉴定明显存在不合理，有失公正情形的。

工程逾期免责一般有三种情况：不可抗力、情势变更或存在其他免责事由。跟本案有关的是其他免责事由的认定。逾期竣工案件中常见的其他免责事由有以下三类：1. 权利主张人有过错。在建设工程案件中主要有：（1）发包人未按约定支付工程进度款；（2）发包人提供设计图纸迟延，本案茂业公司就存在这种情况；（3）约定由发包方供料的，发包方供料迟延；（4）权利人导致损失扩大的。2. 增加工程量。发包方变更施工范围、变更设计导致工程量增加。3. 约定免责事由。在施工合同履行中，经常遇到因电力供应不足、运输紧张、交通堵塞、原料涨价等原因而影响施工合同履行的现象，这些干扰因素不属于不可抗力。但这些情况确实经常严重地阻碍合同的履行，承包人在订立合同时可以将这些情况采取明示的方式来特别约定免责，以确立此种约定的法律效力。

编写人：上海市浦东新区人民法院　杨怡霖　杨立转

六、运输合同

36

海损追偿案件中对检验报告的审查

——法国达飞轮船股份有限公司诉上海龙飞国际物流有限公司等海上货物运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市高级人民法院（2011）沪高民四（海）终字第149号民事判决书

2. 案由：海上货物运输合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：法国达飞轮船股份有限公司（CMA CGM S. A.）

被告（上诉人）：上海龙飞国际物流有限公司

被告（被上诉人）：上海华安国际集装箱储运有限公司、上海懂景集装箱运输有限公司

被告：上海亿通国际股份有限公司、永富国际货物运输代理有限公司

【基本案情】

一审法院查明，案外人要从中国上海出运一批无缝钢管至西桑托斯，货物装在12个40英尺的集装箱内，其中4个集装箱的箱号为UESU4304123、CMAU8049763、ECMU4327004、TULU6535584。华安公司签发了抬头为永富公司的无船承运人提单，后又向法国达飞公司订舱，法国达飞公司签发了海运提单，承运船舶“CMA

CGM BRASILIA”轮。涉案船舶起航后，途中挂靠深圳赤湾港，涉案集装箱被重新积载到每一列集装箱的顶端。后该轮从马来西亚克兰港驶往巴西港口途中，包括前述4个集装箱在内的22只载放于左舷第44贝位（bay）的40英尺集装箱倒塌落海。船舶保赔协会委托的检验公司在目的港对事故原因进行了检验，《检验报告》记载：涉案船舶第44贝位部分位置的集装箱均按照系固手册的要求进行绑扎，但涉案4个集装箱申报的货重远远低于实际重量，导致4个集装箱所在列的集装箱总重量超过了安全负荷。法国达飞公司已经向4个集装箱货物的权利人实际支付了赔款合计380000雷亚尔（巴西货币）。法国达飞公司认为事故系因涉案四个集装箱货重信息被错误申报引发，遂提起本案诉讼。

涉案3个集装箱包括货物重量在内的信息由货运代理人龙飞公司申报，1个集装箱包括货物重量在内的信息由货运代理人懂景公司申报。这些数据信息通过EDI数据平台发送至上海冠东国际集装箱码头有限公司（以下简称冠东码头），由该公司负责为涉案船舶进行预配载，并经船东代表（船长或大副）认可后，按配载图为涉案船舶积载和初步绑扎。

二审法院查明，《检验报告》关于事故原因的结论缺乏事实依据，检验公司始终未从委托人处获得包括天气预报记录、货物系固手册等检验必须的文件。根据涉案船舶资料中的“集装箱堆堆重限制（Weight restrictions）”一表，涉案倒塌的4列集装箱货物总重均未超过安全负荷。就22个集装箱落海事故，8个集装箱的收货人（涉案4个集装箱之外的集装箱收货人）曾向法国马赛商事法庭提起诉讼，“马赛市商事法庭的判决书”载明的集装箱落海事故的原因是“首先应该认为造成损失的原因是货物固定不佳，其次，在较小程度上还因为海员在临近热带低气压的地区，缺乏常识，航行失当；货物损失的原因并不是海损，船主不能以此为理由要求免除责任，事实上，对货物疏于照管是造成损失的原因”。另外，涉案4个集装箱的货重数据被首次录入时，确系被录入错误，但托运人（或其代理人、受雇人）在允许的合理时间内，向信息录入中心申请更改，并最终成功更正了各项货重数据。涉案理货数据、法国达飞公司在提单上记载的货重数据、法国达飞公司向海关等部门发送的舱单数据中，涉案4个集装箱的货重数据均是正确的。

【案件焦点】

1. 涉案集装箱落海事故的原因；2. 涉案4个集装箱的货重数据是否被录入错误。

【法院裁判要旨】

上海海事法院审理认为：本案系海上货物运输合同纠纷。华安公司相对于法国达飞公司而言系托运人；龙飞公司、懂景公司均系涉案EDI集装箱信息的输入方，应认定为托运人华安公司的代理人或受雇人；永富公司的提单系被华安公司借用，亿通公司系EDI数据平台的经营维护方，两者都不是涉案运输合同的当事人。

涉案《检验报告》关于事故发生原因的结论可以被采信。龙飞公司与懂景公司错误申报了4个集装箱的货重数据，系事故发生的主要原因；承运人法国达飞公司未尽到承运人的妥善、谨慎地装载、积载、保管所运货物的义务，是事故发生的根本原因。法国达飞公司应自行负担60%的损失，剩余的40%损失中，由龙飞公司承担75%的责任，由懂景公司承担25%的责任。华安公司应当对其代理人或受雇人龙飞公司与懂景公司的上述赔偿责任承担连带责任。亿通公司、永富公司无需承担赔偿责任。

法国达飞公司与龙飞公司均不服一审判决，提出上诉。

上海市高级人民法院审理认为：关于涉案集装箱落海事故发生的原因，根据二审查明的事实，涉案4个集装箱的货重数据在首次录入时确实被录入错误，但已经在允许的合理时间内被成功更改，最终被船方、海关等采纳的均是正确的货重数据。同时，《检验报告》关于船方对发生事故的集装箱的绑扎符合系固手册的要求、涉案4个集装箱所在列的货物超重的结论，依据不足，不能被采信。鉴于法国达飞公司始终未提交有效证据证明其自身已经尽了妥善的管货和管船义务，也无证据表明涉案集装箱落海事故系与涉案4个集装箱的货重数据申报有关，故对法国达飞公司要求本案其他各方当事人承担集装箱落海事故的损失赔偿责任的主张，缺乏事实和法律依据，不能成立。

上海市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》（2007年修订）第六十四条第一款、第一百三十条、第一百五十三条第一款第（三）项、第一百五十八条，《中华人民共和国海商法》第四十八条、第七十条、第二百六十九条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：

一、撤销中华人民共和国上海海事法院（2010）沪海法商初字第11号民事判决。

二、对法国达飞轮船股份有限公司的诉讼请求不予支持。

【法官后语】

本案系集装箱在海上运输过程中发生倒塌落海事故引发的纠纷，但比较特别的是，本案承运人在向涉案4个集装箱货物权利人作出赔偿后，向与4个集装箱货物重量申报相关的各方当事人提起了追偿之诉。承运人的理由是其单方面委托的检验公司作出的“检验报告”结论认为，事故原因最大可能是这4个集装箱因重量被错误申报而被错别积载在最顶层，造成重压轻和每列集装箱总重超过安全负荷，最终引发这4列集装箱的倒塌落海事故。

鉴于本案的特殊性，法院在审查海损事故发生原因时，给承运人多分配了一项举证责任，并特别对承运人提交的“检验报告”的内容和结论进行了严格依法审查，不因为其形式上经过公证而轻易采信。

1. 承运人主张过错在他人的同时需证明自己没有过错

一般而言，原告若主张被告有过错，只需承担此项举证责任。但鉴于货物在海上运输过程中处于承运人的实际掌控下，承运人的管货和管船行为往往与货损事故发生具有最密切的联系，法院在审理本案时，给作为原告的承运人额外分配了一项举证责任，即证明自己已经尽到了《海商法》第四十八条规定的“妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物”的义务。但直至二审，承运人均未提交有效证据证明自己尽到了妥善的管货和管船义务。在承运人自己没有尽到妥善管货和管船义务的前提下，即使集装箱货重数据存在错误申报的情况，即使确系错误申报引发集装箱落海，承运人要求与数据申报相关的人承担全部赔偿责任也显然不尽合理。因为如果承运人尽到了法定义务，是可以发现错误申报这一情况，并最终避免事故的发生的。

2. 对认定货损原因的检验报告需严格依法审查

海事货损事故发生后，有资质的检验公司作出的检验报告往往是当事人主张权利和法院认定货损情况、查明货损原因的重要依据。一般而言，形式上经过公证的检验报告，往往更容易被法院采信。但应当注意的是，检验报告属于我国民事诉讼

法中规定的一种证据类型，即使在形式上办理了公证手续，法院仍应对其内容的真实性、合法性、关联性进行审查，重点是对检验程序的合法性、结论的科学合理性等依法审查。

本案所涉的检验报告较具典型性。该检验报告系船东互保协会代表承运人单方面委托的检验公司在目的港进行检验后出具的，检验公司在进行检验时，货物落海的情景已经无法重现，货损原因结论的作出主要依据一些书面资料，如船长海事声明、航海日志、天气预报记录、货物系固手册等。但二审法院在重新审查该检验报告时发现，所谓的承运人无过错，4 个集装箱货重申报有误是罪魁祸首的结论主要是检验员根据船方人员的口头信息得出的，而得出检验结论后，检验员还特别申明始终未能从委托人处获得包括天气预报记录、货物系固手册、装卸港对集装箱进行衡重的数据等检验必需的文件。同时，通过比对涉案船舶资料中的“集装箱堆堆重限制（Weight restrictions）”一表，可以看出涉案倒塌的 4 列集装箱货物总重均未超过安全负荷。据此，终审法院没有因为该检验报告在形式上经过公证就轻易被其结论所误导，而是通过依法审查，最终否定了该检验报告的证据效力。

编写人：上海市高级人民法院　董敏

37

不记名指示提单项下的收货人识别

——长荣海运新加坡公司诉浙江天翔控股集团有限公司、杭州鑫远国际货运代理有限公司海上货物运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市高级人民法院（2012）沪高民四（海）终字第 24 号民事判决书

2. 案由：海上货物运输合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：长荣海运新加坡公司（以下简称长荣海运）

被告（上诉人）：浙江天翔控股集团有限公司（以下简称浙江天翔）

被告（被上诉人）：杭州鑫远国际货运代理有限公司（以下简称杭州鑫远）

【基本案情】

被告浙江天翔与国内某公司签订外贸代理合同，又与美国公司签订采购电解铜的《销售与购买协议》，并开立了受益人为美国公司的信用证。2010年8月23日，原告长荣海运承运的500吨电解铜分别装于20只集装箱内，从坦桑尼亚的达累斯萨姆港运至中国的上海港。长荣海运签发的指示提单上记载的通知方为浙江天翔。浙江天翔委托被告杭州鑫远办理相关的入关手续，杭州鑫远向长荣海运交付了背面加盖托运人空白背书章的正本提单，并换取了提货单。涉案集装箱运抵上海港后，海关开箱发现箱内装载的"货物"实际为石头后出具"销毁货物通知单"。浙江天翔遂要求杭州鑫远停止办理相关报关提货手续。因无人支付销毁费和堆存费，涉案20个集装箱一直堆放在为海关销毁货物的公司的堆场。

长荣海运起诉要求浙江天翔与杭州鑫远归还20只集装箱或赔偿该批集装箱的价值，并支付集装箱超期使用费。而浙江天翔与杭州鑫远均不认可自己系提单持有人或收货人，也否认是还箱义务人和支付集装箱超期使用费的义务人。

【案件焦点】

浙江天翔是否是涉案提单项下的收货人、返还集装箱和支付集装箱超期使用费的义务人。

【法院裁判要旨】

上海海事法院认为：本案系海上货物运输合同纠纷。杭州鑫远仅是货运代理人。浙江天翔就是涉案货物的进口方、提单记载的通知方，亦委托杭州鑫远办理报关提货手续，故浙江天翔应是涉案运输的收货人。浙江天翔应当承担归还集装箱义务或赔偿涉案集装箱的损失，并应向长荣海运支付相应的集装箱超期使用费。

上海海事法院依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百一十三条第一款，《中华人民共和国海商法》第四十二条第（四）项、第七十八条第一款、第二百六十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》（2007年修订）第六十四条第一

款，判决：一、浙江天翔于判决生效之日起十日内向长荣海运赔偿涉案集装箱价值损失 47440 美元。二、浙江天翔于判决生效之日起十日内向长荣海运支付集装箱超期使用费人民币 400000 元。三、对长荣海运的其他诉讼请求不予支持。

浙江天翔不服一审判决，提起上诉。上海市高级人民法院认为：本案系海上货物运输合同纠纷。涉案提单系不记名指示提单，托运人在提单背面进行了空白背书，承运人长荣海运依法应向提单持有人交付货物。浙江天翔与国外卖方签订了涉案货物的《销售与购买协议》，并开立了信用证，根据国际贸易的操作流程，国外卖方在货物出运后应将承运人签发的提单转让给买方浙江天翔，故浙江天翔应是涉案提单的合法受让人。相对于长荣海运而言，浙江天翔是提单的合法持有人和收货人。

在海关认定集装箱内货物（石头）应予销毁的情况下，浙江天翔应是支付销毁费用和集装箱堆场费用的义务人。若浙江天翔不愿意承担前述费用以取回集装箱空箱，则应向长荣海运赔偿相应损失，并应支付集装箱超期使用费。

上海市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》（2007 年修订）第一百五十三条第一款第（一）项、第一百五十八条，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

当目的港无人提货或者收货人拒绝提货时，承运人往往会遭受多方面的损失。本案涉及的情况比较典型，囿于整箱交接的约定，即使无人提货承运人也不敢擅自开箱，导致承运人的集装箱一直被无偿占用而无法周转。其他情况，如货物在目的港产生的包括卸货费、堆存费（仓储费）、海关拍卖或销毁货物的费用等在内的许多费用，通常承运人不得不先行垫付；又如海运合同中约定“运费到付”，因无人提货承运人最终无法收回运费等等情况，在海事审判实践中也较常见。承运人提起追偿之诉时，确定谁是收货人，即承担前述费用的义务人，往往是这类案件的审理关键。而提单系不记名指示提单、托运人进行空白背书、多名被告互相指认对方是收货人等情况，都会增加准确判断收货人的难度。本案中，法院从以下几个方面入手，在两名被告中准确地找到了提单收货人，解开了案件的症结。

1. 指示提单的背书情况

当提单系不记名指示提单时，提单的流转需通过托运人的背书行为完成。托运

人在提单背面进行记名背书的，收货人相对容易判断，若托运人进行的是空白背书，根据我国《海商法》第七十一条的规定，承运人应向提单持有人交付货物，故提单的持有人应是收货人。但应强调的是，这种“持有”必须是海商法意义上的持有。本案中，浙江天翔指认杭州鑫远是提单合法持有人和收货人，因为杭州鑫远曾经“持有”涉案提单到长荣海运处换取提货用的小提单。法院认为，杭州鑫远系以浙江天翔的货运代理人的身份，在处理受托事项过程中“持有”过涉案提单，这种持有并非海商法意义上的持有，不能作为认定杭州鑫远是收货人的依据。

2. 提单流转环节

本案中，浙江天翔与国外卖方签订了国际贸易合同，开立了以国外卖方为受益人的信用证。国外卖方负责订舱运输，根据国际贸易的操作流程，卖方在货物出运后应将承运人签发的正本提单转让给买方浙江天翔，以换取浙江天翔通过信用证方式支付的货款，浙江天翔则凭正本提单到承运人处提取货物。因此，浙江天翔应是涉案提单的合法受让人，相对于承运人长荣海运而言，浙江天翔是提单的合法持有人和收货人。

3. 综合其他相关因素

除前述两个主要方面外，还有一些情况也能作为综合判断的依据。1. 提单上关于“通知方”的记载情况。被记载为提单上的“通知方”的人往往与收货人关系密切，不乏就是最终收货人的情况；2. 报关单证上关于“进口方”的记载。多数情况下，报关单证上的进口方是提单收货人，少数情况下，因为外贸经营权问题或者进口配额问题，进口方与实际收货人不一致。本案中的报关文件自动进口许可证上的“进口商”和“进口用户”均显示为浙江天翔；3. 谁是报关等事项的委托人。关心收货情况、持有报关文件、委托货运代理人处理相关事项的人，一般就是收货人。本案中，浙江天翔将相关单证交给杭州鑫远进行报关提货手续，为提货作准备，又在得知集装箱内装载石头时指令杭州鑫远停止办理报关提货等情况，都可印证浙江天翔就是实际收货人。

4. 外贸代理合同的约定不影响提单收货人的认定

本案中，浙江天翔与案外人签订了外贸代理合同，后又因集装箱内货物实际为石头等原因，与案外人签订了终止代理关系的补充协议。浙江天翔以此作为无需再履行收货人法定义务的抗辩理由。该抗辩理由未能被法院采纳。因为外贸代理合同

与海上货物运输合同是两个独立的法律关系，外贸代理合同中关于货物的运输、费用的承担、相关手续的办理等等权利义务的约定，对合同以外的第三人即承运人无约束力，即对海上货物运输合同并无影响。承运人只需根据运输合同确定与托运人之间的权利义务关系，根据提单的记载确定与收货人、提单持有人之间的权利义务关系。

编写人：上海市高级人民法院　董敏

38

班轮承运人无权擅自退载

——河北天波工贸有限公司诉以星综合航运（中国）有限公司及其天津分公司海上货物运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津海事法院（2012）津海法商初字第41号民事判决书

2. 案由：海上货物运输合同纠纷

3. 当事人

原告：河北天波工贸有限公司

被告：以星综合航运（中国）有限公司（以下简称以星公司）、以星综合航运（中国）有限公司天津分公司（以下简称以星天津公司）

【基本案情】

2011年7月2日和7月4日，原告河北天波工贸有限公司作为卖方与国外买方签订了两份货物买卖合同，分别约定由原告出口销售两批鲜梨，单价均为每箱15美元，总价分别为36375美元和18360美元，装运时间为2011年7月20日之前，付款条件分别为开航后一个月内支付16975美元和7956美元，开航后两个月内支付余款。

合同签订后，原告委托案外人领驭运通国际物流（天津）有限公司（以下简称领驭公司）办理涉案货物在天津港的出运业务。领驭公司接受委托后通过案外人天津市易桥国际物流有限公司向被告以星公司订舱，涉案货物拟装载于案外人德翔海运有限公司所属“德祥易北”轮出运。以星公司接受订舱后天津市易桥国际物流有限公司向原告出具提箱单。2011年7月11日，以星天津公司与原告签订了冷箱保函，并提供了三个40尺冷藏集装箱装载货物。2011年7月12日原告向以星天津公司发出《提单隐却收货通知人详址保函》，两被告随即通过天津市易桥国际物流有限公司出具提单样本供原告确认，该提单样本显示抬头均为劳雷尔航海（毛里求斯）有限公司［Laurel Navigation（Mauritius）LTD］，原告给予确认，但该提单最终并未实际签发。

2011年7月14日凌晨三时许，“德祥易北”轮在天津港开航前，大副以装载涉案货物的三个冷箱制冷有问题，经维修仍不能达到船方要求为由，决定退载。得知此事后，原告委托领驭公司于当日晚将涉案货物从天津港用汽车运至青岛港，准备待“德祥易北”轮在青岛港停靠时再次装船。同时原告又通过领驭公司委托案外人青岛启德物流有限公司向以星青岛分公司订舱，并与其签订了冷箱保函，涉案货物仍载于原集装箱内准备装船。2012年7月18日，当涉案货物经过正常集港、通关，再次装上“德祥易北”轮时，因冷箱额定电压和船舶额定电压不匹配，导致冷箱无法正常工作及制冷，涉案货物仍然不能装船。

货物再次被退载后，原告更换了冷箱，并委托青岛启德物流有限公司再次向以星青岛分公司订舱。涉案货物最终于2011年7月28日在青岛港装上“吉布提（DJIBOUTI）”轮出运，涉案货物最终安全运抵目的港。

涉案货物在天津港和青岛港装运期间发生的费用如下：1. 在天津港发生的码头费、报关费共计人民币2603元；2. 从天津港到青岛港的陆运费以及在青岛港发生的港杂费人民币69403元；3. 差旅费人民币2506元。其中第1、2项费用原告或已直接支付，或在领驭公司向相关方垫付后全部向其偿付。原告已依据涉案销售合同收到了预付货款，并于2011年9月6日、13日和11月2日、3日收到四笔外汇，共计18774美元。

除涉案货物外原告另有一批品质相同的鲜梨装载于以星天津公司提供的三个集装箱内，并于2011年7月14日在天津港顺利装上“德祥易北”轮出运。承运人就

该批货物签发了正本提单，该提单抬头为劳雷尔航海（毛里求斯）有限公司。

【案件焦点】

对于因涉案货物被退载给原告造成的经济损失，两被告是否应当承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

天津海事法院经审理认为：

一、关于两被告是否为涉案海上货物运输的承运人

根据我国《海商法》的规定，承运人是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立海上货物运输合同的人。本案中原、被告虽未签订书面协议，但是被告以星公司接受原告订舱，并与原告签订冷箱保函，提供集装箱的行为，表明被告以星公司与原告之间的海上货物运输合同已经成立，被告以星公司是承运人。另外，涉案提单在我国交通部没有备案，被告以星公司向原告提供了未备案的无船承运人提单，亦应当向原告承担承运人的责任。

二、对于因涉案货物被退载给原告造成的经济损失，两被告是否应当承担赔偿责任

涉案海上货物运输属于班轮运输，根据我国相关法律规定，班轮运输承运人作为公共运输的承运人，不享有任意解除运输合同的权利，只有在船舶开航前，因不可抗力、不能归责于承运人的原因或者合同履行过程中托运人根本违约致使合同不能履行的情况下，方可解除合同。涉案货物被退载的直接原因是集装箱电压与船舶额定电压不匹配，致使集装箱无法工作及制冷。两被告不能举证证明涉案货物被退载是由于原告根本违约所致。

海上货物运输合同是诺成性合同，而非实践性合同，班轮运输亦不例外。在被告以星公司接受原告订舱时，原、被告之间的合同已经成立，两被告在既不享有任意解除合同的权利，也不符合法定解除合同条件，更未与原告协商一致的情况下，擅自单方退载涉案货物已构成违约，应当赔偿因违约给原告造成的损失。被告以星天津公司作为被告以星公司的分支机构也应当承担赔偿损失的责任。

三、关于原告诉请损失的具体数额以及合理性和关联性

涉案货物从天津港至青岛港的陆运费及在青岛港的港杂费系因被告以星公司擅

自退载所致，且原告已实际支付，故两被告应当予以赔偿。其他费用以及对于因迟延导致的货款损失，由于原告未能举证证明该损失已实际发生及其与退载行为之间的因果关系，不予支持。

天津海事法院依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第二百八十九条和《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，判决：两被告应自判决生效之日起十日内共同向原告河北天波工贸有限公司支付人民币69403元。驳回原告其他诉讼请求。

【法官后语】

本案审理的重点在于对班轮运输承运人是否享有任意解除权问题的理解。在班轮实务中，托运人在货物装船前往往可以任意退运而无须向承运人作出赔偿。同样的，承运人也可以在爆舱时任意甩箱而无须赔偿。这似乎在承托双方之间已形成一种惯例。但该习惯做法却与我国现行法律规定的精神相悖。

根据我国《合同法》的一般规定和《海商法》的专门规定，提单是海上货物运输合同的证明，但并非唯一证明，在正本提单未实际签发的情况下，根据当事人订舱和组织运输的过程，也能够认定海上货物运输合同关系的存在。海上货物运输合同是诺成性合同，而非实践性合同，班轮运输亦不例外。在被告以星公司接受原告订舱时，原、被告之间的合同已经成立，两被告在既不享有任意解除合同的权利，也不符合法定解除合同条件，擅自单方退载涉案货物已构成违约，应当赔偿因违约给原告造成的损失。

集装箱班轮运输具有行业特殊性。与租船运输仅涉及双方关系不同，集装箱班轮运输是一种公共服务，涉及公共利益，因此班轮运输与纯粹由市场调节的租船运输虽同属海上货物运输关系，但在本质上却存在着根本的区别。有鉴于此，有关班轮运输的规范在自由竞争中经历了“从身份到契约”的发展后，还必须实现“从契约到制度”的飞跃，应由法律规范加以适当约束。

编写人：天津海事法院　曹克

39

残疾旅客被航空公司拒载如何认定违约责任

——朱兰英诉云南机场地面服务有限公司、成都航空有限公司航空旅客运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昆明市官渡区人民法院（2011）官民一初字第3207号民事判决书

2. 案由：航空旅客运输合同纠纷

3. 当事人

原告：朱兰英

被告：云南机场地面服务有限公司、成都航空有限公司

【基本案情】

原告朱兰英系高位截瘫人员。2011年10月7日晚，原告委托朋友帮其预定一张2011年10月8日早晨从昆明飞往成都的航班机票，其朋友于当晚23时36分在昆明航艺贸易机票售票处（KMG342）成功定购了被告成都航空有限公司的EU2224航班，机票总价格为人民币860元，起飞时间为上午7时45分，购票时未申明原告是残疾旅客。2011年10月8日早上6时，原告独自一人到达昆明机场并于6时41分办理了值机手续，之后原告到昆明机场总服务台申请专用窄型轮椅服务，经机场工作人员与被告成都航空公司电话联系，被告成都航空公司表示需提前申请，临时申请原告需有人陪同或者有医院证明，原告目前情况不能申请轮椅，只能改签。机场工作人员向原告进行了解释说明，原告就离开了总服务台，独自通过安检到达登机口准备登机。在登机口被告成都航空公司工作人员以原告不具备该次航班乘机条件为由，决定对原告不予承运。原告得知情况后对被告的决定不能接受，同机场工作人员发生了争执，并滞留候机厅。后被告成都航空公司委托其地面服务代

理人被告云南机场地服公司协调为原告改签航班，免费安排原告食宿，并送原告两次就医，与原告沟通后续处理事宜。2011年10月13日，经被告成都航空公司委托，云南机场地服公司以成都航空公司的地面服务代理人身份，向原告出具一份《告知函》，称原告的客票有效期为1年，可以无条件改签，也可以免收退票手续费办理退票手续，给予人民币1000元的人道主义救助，以及帮助支付原告父亲陪同原告返回成都的机票等解决意见，并表示如原告不同意上述解决意见，可以通过正规法律途径和程序解决此事。原告对被告的处理意见不同意，双方协商未果。原告遂诉至法院，请求判令：1. 二被告连带向原告双倍返还机票款及相应损失共计人民币10000元；2. 二被告连带在《春城晚报》、《都市时报》、《中国民航报》、《中国民航》杂志上向原告赔礼道歉；3. 二被告连带承担诉讼费。

另查明，被告云南机场地服公司是云南机场集团的全资控股子公司，具有独立的法人主体资格。

【案件焦点】

被告成都航空公司拒载是否构成违约，原告被拒载其自身是否存在过错。

【法院裁判要旨】

昆明市官渡区人民法院认为：根据合同相对性原则，与原告建立航空旅客运输合同法律关系的应当只是被告成都航空公司，故与原告发生合同纠纷时，只应由合同相对方即被告成都航空公司来承担相应民事责任。

关于被告成都航空公司拒载是否构成违约，导致原告被拒载其自身是否存在过错，依据《中华人民共和国合同法》第二百八十九条和第二百九十八条的规定，对于公共运输中可能会导致不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项，应当由承运人明确告知旅客，而不是要求旅客主动告知承运人。中国民航局规范性法律文件中对残疾旅客的具体要求和规定，以及被告成都航空公司制定的国内客运手册中的具体操作规程，被告成都航空公司自身是明知且必须遵守的，但作为合同相对方的普通旅客是不够清楚的。被告成都航空公司在与原告具体订立运输合同时，未明确告知购票人对于病残等特殊旅客的一些特殊规定和要求，应视为原、被告双方在合同中未约定特别条款，对原告没有提出特殊要求，原告的行为达不到民法意义上的过错，不构成违约。被告成都航空公司未按合同约定的时间和航班承运原

告，在原告达到登机口乘机时也未提供必要的协助，导致原告被拒载，其行为已构成违约，依法应承担相应民事责任。

本案中，因被告成都航空公司违约给其造成的直接损失是原告支付的机票款，即人民币 860 元，该款应当赔偿给原告。对原告主张的其它损失共计人民币 10000 元，因原告未提交相应证据证实，依法应由其承担不利法律后果。但因被告的违约行为确实造成了原告未能按期到达目的地，客观上给原告的生活、工作及出行等造成了一定影响和损害，酌情支持人民币 2000 元作为原告不能正常乘机而产生的交通费及陪同人员的相应费用。对原告要求二被告连带在《春城晚报》、《都市时报》、《中国民航报》、《中国民航》杂志上向原告赔礼道歉的诉请，因航班延误造成的损失必须是实际的经济损失，不包括因延误给旅客造成的精神损失，且合同纠纷中并没有赔礼道歉的违约责任承担方式，被告成都航空公司在事后也积极采取了相应补救措施，故原告的该项诉请没有相应事实和法律依据，不予支持。

昆明市官渡区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《中华人民共和国合同法》第二百九十三条、第二百九十八条、第二百九十九条、第九十四条、第九十七条、第一百零七条，判决：

一、被告成都航空有限公司于本判决生效后 10 日内退还原告朱兰英机票款人民币 860 元。

二、被告成都航空有限公司于本判决生效后 10 日内赔偿原告朱兰英经济损失人民币 2000 元。

三、驳回原告朱兰英对被告云南机场地面服务有限公司的诉讼请求。

四、驳回原告朱兰英的其它诉讼请求。

【法官后语】

判断承运人是否合法行使拒载权，应从以下两个方面考虑：第一，拒载情形是否合法、合理。《中国民用航空旅客、行李国际运输规则》第二十九条和《中国民用航空旅客、行李国内运输规则》第三十四条对拒载的情形进行了规定，上述规定属于部门规章，法院可以参照适用。对于具备上述情形而被航空公司拒载的，法院必须在审理中根据案件事实进行客观的评价，防止承运人随意拒载，侵害旅客的合法权益。如航空公司以旅客的健康问题拒载，法院必须审理旅客的健康问题达到怎

样的程度导致合同不适合履行，不能简单以旅客存在健康问题认定航空公司拒载的行为合法。第二，承运人是否履行了告知和提醒义务。《合同法》第二百九十八条规定，对于公共运输中可能会导致不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项，应当由承运人明确告知旅客，而不是要求旅客主动告知承运人。中国民航局规范性法律文件中对拒载情形的具体要求和规定，承运人内部制定的具体操作规程，承运人自身是明知且必须遵守的，但普通旅客是不够清楚的，通常旅客订票选择的只是具体的航班时间和价格。如果承运人未能履行对旅客的告知和提醒义务而行使拒载权的，应当承担违约责任。

本案中，原告作为残疾旅客，有必要了解一些民航部门的相关规定，以方便其出行。其在定座时未明确告知其身体健康状况，自身存在不当之处，但因被告成都航空公司在与原告具体订立运输合同时，未明确告知购票人对于病残等特殊旅客的一些特殊规定和要求，应视为原、被告双方在合同中未约定特别条款，被告应当按照电子客票上载明的被承运人及承运时间和航班履行承运义务。但被告成都航空公司并未按合同约定的时间和航班承运原告，在原告达到登机口乘机时也未提供必要的协助，导致原告被拒载，其行为已构成违约，依法应承担相应的民事责任。

编写人：云南省昆明市官渡区人民法院 侯佳

40

承运人对乘客的救助义务不应无限扩大

——罗丽英等诉东莞市大朗公共汽车有限公司、潘振勇运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省东莞市中级人民法院（2012）东中法民二终字第30号民事判决书

2. 案由：运输合同纠纷

3. 当事人

原告：罗丽英、罗建平、罗满权、罗国良

被告：东莞市大朗公共汽车有限公司（以下简称大朗公汽公司）、潘振勇

【基本案情】

原告罗丽英与罗亮松为夫妻关系，原告罗建平、罗满权、罗国良与罗亮松为父子关系，潘振勇为大朗公汽公司的员工。2010 年 11 月 9 日，罗亮松乘坐被告大朗公汽公司所属由被告潘振勇驾驶的粤 S286XX 号公交车回家，该车沿 X 号公交线路行驶，罗亮松在大朗镇黄草朗校椅围路段要求下车，被告潘振勇没有即时停车，而是至大洋针织厂门口对面停车后让罗亮松下车，罗亮松下车不久后猝死在绿化带旁。在东莞市公安局交通警察支队某大队（以下简称某大队）对事故进行调查的过程中，曾向罗亮松家属发出《尸体解剖通知书》，但家属基于家乡风俗习惯原因不同意对罗亮松的尸体进行解剖，并向某大队提出撤案申请，要求自行处理尸体。罗亮松尸体后于 2010 年 11 月 20 日在东莞市殡仪馆火化，支出殡葬费用 8650 元。四原告认为罗亮松的死亡系大朗公汽公司司机驾驶车辆存在违规行为所造成，诉至法院。

另外，根据原告的申请，法院依法向某大队调取关于罗亮松事故的档案。档案中的现场勘验笔录显示，粤 S286XX 号公交车途中驶至校椅围路段大洋针织厂门口对面时停车，罗亮松于该处下车后死亡，现场勘察时涉嫌肇事车辆粤 S286XX 号公交车已经移动，罗亮松尸体也被搬动，尸体旁的花坛靠车道边离缺口 16cm 处见长 50cm 的不明显擦痕。为此，某大队委托广东某司法鉴定所对花坛与公交车是否发生碰撞、刮擦，车右后轮胎是否与花坛边缘接触进行鉴定。广东某司法鉴定所于 2010 年 11 月 18 日出具［2010］XX 痕鉴字第 00XX 号司法鉴定意见书，认为：1. 未发现粤 S286XX 号公交车与花坛发生碰撞、刮擦痕迹；2. 现场花坛壁的碰撞、刮擦痕迹与公交车右后轮胎外壁呈现的摩擦痕迹无因果关系；3. 罗亮松体表无磕碰损伤，说明罗亮松不是碰撞、刮擦所倒地。另外，某大队亦委托广东某司法鉴定中心对罗亮松进行血中乙醇含量检验，广东某司法鉴定中心于 2010 年 11 月 10 日出具 XX 司鉴中心［2010］检字第 22XX 号血中乙醇含量检验报告书，认定在罗亮松送检的血液中未检出乙醇成分。某大队对事发路段粤 S286XX 号公交车的相关乘车人员、事故现场附近人员及司机潘振勇进行了详细的调查并制作了相关的笔录。相

关的证人陈述称未看到罗亮松倒地的具体情况，部分乘客称罗亮松下车时状态正常，司机亦系待罗亮松下车站稳后才继续行驶。后到场的东莞市大朗某康医院医生确定罗亮松死亡，并出具编号为200197XX死亡医学证明书，其上认定罗亮松的死亡原因为猝死。

【案件焦点】

大朗公汽公司是否应对罗亮松的死亡承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

东莞市第二人民法院认为，罗亮松乘坐大朗公汽公司的粤S286XX号公交车，双方之间成立运输合同关系，大朗公汽公司与罗亮松为合同的双方当事人，而潘振勇是大朗公汽公司驾驶粤S286XX号公交车的司机，其履行运输合同之行为属于职务行为，由此产生的相应法律后果应由大朗公汽公司承担。四原告要求作为司机的潘振勇承担由案涉运输合同产生的相应责任并无法律依据，不予支持。

对于被告大朗公汽公司是否承担赔偿责任，一审法院认为，在运输合同中，承运人的主要义务为将乘客从起运地点安全运输到约定地点，对于公交车而言，则是按照既定的线路行驶，在固定的站点让乘客上下车。在本案中，鉴于X路公交线路在大朗镇黄草朗校椅围牌坊及大洋电子厂处并未设置站点，罗亮松要求在大朗镇黄草朗校椅围牌坊下车并不符合公交运输的正常规范，作为公交车的驾驶员有权拒绝其下车请求。同时，粤S286XX号公交车在大洋厂门口对面非固定站点停靠让罗亮松下车亦不符合公交运输规范，存在一定过错，但公交车不按站点停靠仅为违反公交运输规范的行为，与罗亮松下车后发生的事故之间并不存在因果关系，四原告以此要求大朗公汽公司承担相应责任并无事实依据。四原告称罗亮松系由于车辆未停稳下车，因惯性而倒地死亡，但从看到罗亮松下车具体情况的粤S286XX号公交车上的乘客的证言可见，罗亮松与车辆并无接触。该些证人与双方之间均无利害关系，对其亲眼所见的事情描述客观真实，予以采纳。另，某大队委托广东某司法鉴定所出具的司法鉴定意见亦显示罗亮松与粤S286XX号公交车并未发生碰撞或刮擦，罗亮松也并非碰撞或刮擦而倒地。故四原告主张之事实并不存在，其以此要求大朗公汽公司承担责任不能成立。而注意到罗亮松下车情况的证人证言亦能够相互印证，证实罗亮松是在公交车停稳后一人独自下车，该车也待罗亮松下车后关车门

再起步。可见大朗公汽公司已按照约定运送罗亮松，双方的旅客运输合同关系已正常终止。根据《中华人民共和国合同法》第三百零一条、第三百零二条的规定，承运人对旅客的伤亡承担损害赔偿责任的期间限于运输过程中，本案中罗亮松的死亡系发生在双方运输合同关系结束后，已经超出了法律规定承运人需要承担责任的时间段。根据前述法律第三百零一条的规定，在运输过程中，承运人有在合理范围内对旅客的救助义务。虽罗亮松曾在车上呕吐，但一方面并无证据显示作为公交司机的潘振勇已经发觉罗亮松身体不适的相关情况，另一方面，作为公交司机的首要任务为驾驶车辆、保障全车乘客的乘车安全，在罗亮松或其他乘客没有提出求助示意之情况下，不可能要求承运人主动留意乘客的情况。本案中，承运人并不存在救助乘客方面的过错或者失当行为，四原告以此要求大朗公汽公司承担责任并不成立，不予支持。

关于履行后合同义务问题，根据《中华人民共和国合同法》第九十二条的规定，后合同义务是指合同权利义务终止后，合同当事人基于诚实信用原则和交易习惯产生通知、协助、保密等义务。案涉运输合同，承运人在罗亮松正常下车并离开车辆一定距离后才关闭车门起步离开，其已对罗亮松履行应有的注意义务，不存在履行后合同义务方面的过错，四原告据此要求大朗公汽公司承担责任并无依据。东莞市第二人民法院判决：

驳回罗丽英、罗建平、罗满权、罗国良的诉讼请求。

四原告不服一审判决向广东省东莞市中级人民法院提起上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《合同法》第二百九十条、第三百零一条、第三百零二条构成了对承运人在运输过程中相应义务及责任的要求，即为承运人的安全运输义务，但该“安全运输义务”应作限制解释，仅指承运人不得因其自身的运送行为而使旅客的人身、财产处于危险的境地或者受到实际的危害，而不应理解为承运人要保证旅客在运输过程中人身不受来自于任何方面的侵害、安全到达目的地。鉴于该义务更多是一种法定义务而非约定义务，其立法本意在于鼓励、要求承运人救助遇有困难的旅客，避免旅客在运输过程中出现危险，故亦不应对承运人的法定救助义务作无限扩大，应限定

在合同法规定的范围和情形中，即时间为运输过程，范围仅为旅客发生急病、分娩及遇险的情况。除此之外的范围及时间段，承运人不负有法定救助义务。

对于本案而言，罗松亮从公交车下车落地时，双方的运输合同已经终结。由于运输工具仍然是持续前进，承运人仍负有对其他旅客的安全运输义务，承运人此时对已下车旅客的后合同义务应为基本的注意义务，即需留意旅客是否安全下车，超出此范围，并不属于双方的后合同义务范畴。本案中，罗亮松已经安全下车，下车时仍然站立，并非立即倒地。司机在其离开公交车一段距离并处于站立状态时才启动离去，已经尽到基本的注意义务，并不存在履行后合同义务方面的过错，无需对罗亮松之后的倒地猝死承担责任。

编写人：广东省东莞市第二人民法院　杨粤欣

41

高速公路经营者保障路面安全畅通的义务如何界定

——徐州运康蔬菜营销有限公司诉江苏宁宿徐高速公路有限公司运输合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省宿迁市中级人民法院（2012）宿中商终字第0053号民事判决书

2. 案由：运输合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：徐州运康蔬菜营销有限公司（以下简称运康公司）

被告（上诉人）：江苏宁宿徐高速公路有限公司

【基本案情】

宁宿徐公司是一家成立于1999年2月8日的有限责任公司。其一般经营项目包括对宁宿徐高速公路建设、管理、养护及按章对通行车辆收费等。

2010年5月11日，运康公司驾驶员徐犇驾驶该公司所有的苏C55C55号轿车在宁宿徐高速公路由南向北行驶至199K+500M处时，撞到一条狗，致车辆损坏。据交警部门认定，徐犇违反《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二条第一款"机动车驾驶人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按照操作规范安全驾驶、文明驾驶"之规定，负事故全部责任。

事发后，运康公司将车辆送至南京宁星汽车维修服务有限公司维修，支出修理费133000元。另外，运康公司还支出清障费235元。

运康公司认为，宁宿徐公司经营、管理涉案高速路段。运康公司驾驶员驾驶车辆经宁宿徐公司允许进入高速公路，双方形成了服务合同关系，运康公司享有使用符合高速公路标准的道路并安全通过的权利，宁宿徐公司应承担保证高速公路畅通无阻的义务。由于宁宿徐公司疏于管理，致使运康公司车辆损坏，宁宿徐公司应承担提供服务不符合约定的违约责任，故要求宁宿徐公司对其损失承担赔偿责任。

【案件焦点】

宁宿徐公司是否应对运康公司的损失承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市宿城区人民法院认为：运康公司与宁宿徐公司之间因车辆通行、交费成立服务合同关系。宁宿徐公司作为高速公路的经营管理者，负有对高速公路路面及沿线相关防护设施进行日常检查、维护，保证高速公路安全畅通的义务。由于宁宿徐公司没有及时发现并清理路面之犬，造成运康公司车辆与之相撞，并致损失，宁宿徐公司的行为已经构成违约，应承担赔偿责任。同时，驾驶人在高速公路上驾驶车辆，应尽安全、审慎义务。原告驾驶员违反《道路交通安全法》第二十二条第一款规定，未尽安全驾驶义务，故运康公司也应对其车辆损失承担一定责任。据此，酌情确定宁宿徐公司的赔偿责任为运康公司损失的70%。

江苏省宿迁市宿城区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百二十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条，判决：

被告宁宿徐公司于判决生效之日起十日内向原告运康公司赔偿车辆修理费93100元、清障费164.5元，合计93264.5元。

被告宁宿徐公司提起上诉。江苏省宿迁市中级人民法院认为：自运康公司车辆

进入宁宿徐高速公路入口，宁宿徐公司向运康公司发放道路通行卡并放行，双方关于涉案车辆通行、收费等事宜即达成合意，形成了事实上的服务合同关系。运康公司作为高速公路通行者，负有交纳过路费并遵守交通法规、安全谨慎驾驶的合同义务，并享有要求宁宿徐公司保障路面安全畅通的合同权利。宁宿徐公司作为道路通行服务提供者，享有向通行车辆收取过路费的合同权利，同时负有保障路面安全畅通的合同义务。高速公路道路上出现犬类，与高速公路应保持安全畅通的性能要求不符，可以据此认定宁宿徐公司提供服务不符合合同约定。运康公司在宁宿徐高速公路通行时，应遵守交通法律法规，安全谨慎驾驶。虽然本案交通事故系车辆撞到犬类的单方事故，且《道路交通事故认定书》中未载明运康公司驾驶员是否具有超速驾驶、酒后驾驶等具体违章行为，运康公司在本案交通事故中过错较小，但是，如运康公司对道路安全随时保持足够的谨慎和注意，本案交通事故的避免并非不具有可能性。运康公司在宁宿徐高速公路上通行时未能尽到足够的谨慎驾驶义务，是本案交通事故发生并且导致损害结果发生的原因之一。因此，运康公司作为车辆通行者，亦未能履行其安全谨慎驾驶的合同义务。

因宁宿徐公司未尽到保障道路安全畅通的合同义务，并给运康公司造成了损失，应对运康公司承担相应的赔偿责任。确定赔偿份额和数额，可结合以下因素考虑。首先，因运康公司本身亦违反了安全谨慎驾驶的合同义务，对其损失应自行承担部分责任。其次，宁宿徐公司作为高速公路经营者和通行服务的提供者，要求其随时清理路面的障碍物、突发物对该公司过于苛刻，亦不具有现实可能性。且高速公路出现的犬类系移动的活体物，宁宿徐公司发现和清理这一障碍物的难度较大。宁宿徐公司虽然未能完全履行保障道路安全畅通的合同义务，但本案事故具有突发性，宁宿徐公司并非故意违约，主观过错较小。综合考虑上述因素，应适当减轻宁宿徐公司的赔偿责任，由该公司承担70%的赔偿责任较为合理。原审判决按70%比例确定宁宿徐公司赔偿运康公司各项损失合计93264.5元并无不当，依法应予维持。宁宿徐公司称其不应承担赔偿责任的上诉理由不能成立，不予支持。

江苏省宿迁市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判决。

【法官后语】

本案主要涉及高速公路经营者对通行者负有的保障路面安全畅通义务的合理界定。高速公路具有有偿通行和封闭性特点，故对高速公路安全畅通性的要求应显著区别于一般道路，作为高速公路经营者的高速公路公司，负有保障路面安全畅通的合同义务。该义务不因其内部制度如何规定而被削减，其巡查制度如何制定实施之类也不能构成对路面瑕疵造成损害发生的有效抗辩。如高速公路路面突现家畜牲口等较大类动物导致交通事故发生，应认定高速公路经营者提供道路服务存在瑕疵，违反了保障路面安全的合同义务。此类问题尽管难以绝对避免，但因高速公路公司属于营利性服务合同中的服务提供者和责任承担者，故应对车辆通行者的损害承担赔偿责任。高速公路经营者未提出符合管理规范之类抗辩，不能对抗运康公司因此而遭受损害的事实和依合同责任提出的赔偿请求。该项赔偿规则的确立本身亦是对通行安全的导向和保障。

本案中，运康公司作为高速公路通行者，负有交纳通行费用的合同义务，同时享有要求宁宿徐公司提供安全畅通的通行道路的合同权利。基于高速公路的封闭性和单向行驶特点，运康公司有理由相信，高速公路路面上不应突现障碍。高速公路道路上突现牲畜，超出了运康公司作为车辆通行者的合理信赖，亦与高速公路应保持安全畅通的性能要求不符，应认定宁宿徐公司未能履行保障道路安全之义务。至于肇祸之牲畜系从何处进入，何时进入，抑或是前车掉落之类，运康公司无法就此举证，法院也不必就此查证，而是只要造成损害即应认定宁宿徐公司之服务瑕疵，后者应对此承担赔偿责任。赔偿责任承担后，并不妨碍宁宿徐公司深查细究及善尽管理，消除服务漏洞。不将此义务明确落实于服务提供者，更大更多类似事故的出现亦恐将难以避免。

编写人：江苏省宿迁市中级人民法院　朱庚

七、服务合同

42

对未拆除的安全岛尽合理义务后不需承担赔偿责任

——重庆市汽车运输（集团）有限责任公司黔江分公司诉广东清连公路发展有限公司服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省清远市清城区人民法院（2012）清城法民初字第1898号民事判决书

2. 案由：服务合同纠纷

3. 当事人

原告：重庆市汽车运输（集团）有限责任公司黔江分公司

被告：广东清连公路发展有限公司

【基本案情】

2011年2月12日06时50分，冉南林驾驶原告所有的渝H01677号大型普通客车沿清连高速公路由北往南方向行驶至2139km+850m（原凤埠收费站）路段时，车辆碰撞该路段设置的安全防护设施（反光锥筒、水码、爆闪灯、反光防撞沙筒）后，再碰撞收费站安全岛，导致车辆顶部碰刮互通立交桥底部后落在安全岛的右边车道上，造成渝H1667号大型普通客车上乘客黄小军当场死亡，冉启容送医院抢救无效死亡，任静、朱德训、葛良科、吴加连等多人受伤，车辆及公路设施损坏的道路交通事故。交警部门认定冉南林驾驶机动车精神不集中、遇事采取措施不当，承

担事故的全部责任，车上乘客不承担事故责任。

2011 年 1 月 25 日清连高速公路全线通车，同时凤埠收费站停止使用。该收费站收费亭于2011 年 1 月 28 日至30 日拆除，但安全岛未与收费亭一起拆除。为防止发生交通事故，在安全岛前来车方向设置有二十个反光锥筒、三十个水码、三个防撞沙桶，长度有七、八十米，并设有爆闪灯，爆闪灯从晚上 18 时至早上 8 时处于开启状态。同时，还保留了原来在收费站前方 2km、1km、500m 处的“前方收费站”及“收费站 500m 减速”等指示性标志牌。广东省公路局清连高速公路路政大队三中队表示，拆除安全岛必须要封闭道路进行施工，当时春运已开始、车流量大，不能封闭道路进行施工，所以没有拆除安全岛，计划等春运结束后才拆除。

冉南林对清连高速公路比较熟悉，平均每个月淡季会走 4 至 5 趟，旺季约走 8 至 9 趟。驾驶过程中，其看到了原凤埠收费站来车方向前 2km、1km 处分别有“前方收费站、车辆减速慢行”的指示牌以及原凤埠收费站前方有反光锥筒、水码和爆闪灯等安全警示设施。

原告认为被告作为清连高速公路的管理人，未及时对废弃的收费站安全岛进行拆除，是造成交通事故发生的原因，为此起诉要求被告赔偿保险公司理赔后的损失 1650450.60 元。

【案件焦点】

高速公路经营者在高速公路通车时未拆除安全岛是否未尽安全保障义务。

【法院裁判要旨】

广东省清远市清城区人民法院认为，本案系服务合同纠纷。原告主张被告对交通事故承担赔偿责任，关键在于被告是否尽到保障道路安全通行的义务。凤埠收费站在清连高速公路全线通车前即已存在，于 2011 年 1 月 25 日清连高速公路全线通车时停止使用。该安全岛的拆除，客观上需要一个时间过程，不能一蹴而就。根据广东省公路局清连高速公路路政大队三中队中队长黄海辉所作的笔录显示，安全岛的拆除需要封闭道路施工，当时正值春运期间，不具备封路施工的条件。在此情况下，被告会同路政部门已对可搬离的收费亭先行拆除，并保留了原有的“前有收费站、减速慢行”的提示牌，同时在安全岛前来车方向设置反光锥筒、水码、防撞沙桶以及爆闪灯。冉南林对凤埠收费站路段比较熟悉，且在驾驶过程中，其看到了

"前方收费站、车辆减速慢行"的指示牌以及反光锥筒、水码和爆闪灯等安全警示设施，此次事故是其疲劳仍继续驾驶造成的，其应承担事故的全部责任。冉南林看到上述警示标志的事实，说明凤埠收费站路段的警示标志足以引起驾驶人员的注意，安全岛未拆除并不必然导致交通事故的发生。被告会同相关部门在安全岛路段设置了足以引起驾驶人员注意的警示标志，已尽到合理限度范围内的安全保障义务，不应对冉南林驾驶过错造成的损失承担赔偿责任。

广东省清远市清城区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决如下：

驳回原告重庆市汽车运输（集团）有限责任公司黔江分公司的诉讼请求。

【法官后语】

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第六条第一款规定："从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。"那如何确定高速公路经营者的保障义务呢？笔者认为：

一是高速公路经营者的行为必须符合法律、法规、政策或业务主管部门的规定。对何时拆除安全岛，我国的相关法规并未作出明确的规定，总的原则是保障高速公路安全、畅通。春运是我国最隆重的传统节日，清连高速在春运期间（即2011年1月25日）全线通车。同时，由于安全岛的拆除需要封闭道路施工且需要一个时间过程，为确保春运，故被告暂不拆除安全岛是符合相关精神的。

二是高速公路经营者为履行保障义务进行了积极的、相应的措施。被告会同相关部门分别在安全岛前来车方向设置有二十个反光锥筒、三十个水码、三个防撞沙桶，长度有七、八十米，并设有爆闪灯，爆闪灯从晚上18时至早上8时处于开启状态。同时，还保留了原来在收费站前方2km、1km、500m处的"前方收费站"及"收费站500m减速"等指示性标志牌，其的行为足以使正常的司机能够看到并采取相应措施。本案中，肇事司机亦看到了相关安全警示设施，说明被告履行了合理的安全保障义务。

三是事故的直接原因是肇事司机过于自信和疲劳驾驶。根据肇事司机的笔录，

其在清连高速全线通车至事发期间已经跑过该路段远不止一次，对安全岛的存在早已知道并采取过正常的避让措施。在本案中，肇事司机知道安全岛没有拆除并观察到相关的路障提示，只是由于其自信对清连高速比较熟悉并疲劳驾驶导致采取措施不当，方造成交通事故。该交通事故发生与安全岛未拆除无直接、必然的因果关系。

四是安全保障义务是相对义务，过重不利于高速公路行业健康发展。高速公路经营者作为一个具有较强公益性质的企业，其经营行为具有较强的政策性，如果赋予过多的保障义务，必然影响到发展的重任，不利于缩小发达地区和落后地区的经济差距，有悖于全面建成小康社会。

编写人：广东省清远市清城区人民法院　蒋茂杰

43

印章印文、打印字迹形成时间是否影响当事人意思表示真实性

——北京中视康泰文化发展有限责任公司诉北京赫百世文化发展有限公司服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第9058号民事判决书

2. 案由：服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：北京中视康泰文化发展有限责任公司（以下简称中视康泰公司）

被告（被上诉人）：北京赫百世文化发展有限公司（以下简称赫百世公司）

【基本案情】

中视康泰公司称其于2010年9月27日与赫百世公司签订《"蓝光行动"活动委托执行协议书》（以下简称《协议书》），协议约定由赫百世公司委托中视康泰公司执行蓝光行动系列项目，赫百世公司支付合同价款1466235元。2010年11月17日，双方再次签订《"蓝光行动"活动委托执行协议书之补充协议》（以下简称《补充协议》），确认了中视康泰公司已无瑕疵履行完毕合作项目，同时再次约定赫百世公司应于补充协议签订后50日内支付合同价款，若未能如约履行，则以合同总款的0.1%按日支付违约金。中视康泰公司称上述两份合同签订后，赫百世公司始终未履行付款义务。

赫百世公司否认曾与原告方签署上述两份协议，并称因为赫百世公司的法定代表人孙占磊经常出差，为了方便赫百世公司的运营，在2010年8月至2010年12月初期间，公司的公章、财务章、法定代表人人名章全部由费歙及出纳赵霞保管。费歙正是中视康泰公司的实际控制人，而赵霞也兼任中视康泰公司的会计。本案协议所注明的时间段内赫百世公司的公章在费歙的实际控制下，其伪造了两份协议书。"蓝光行动"项目实际的负责方是万家康泰公司，活动款项也已经支付完毕。中视康泰公司就此向本院提交了一份《合作协议》，用以证明赫百世公司委托万家康泰公司执行的是糖尿病高危人群筛查和社区胰岛素管理单元项目，而不是"蓝光行动"，中视康泰公司亦不认可该协议真实性。

2011年11月1日，赫百世公司向本院提出鉴定申请，请求对涉案《协议书》、《补充协议》及《合作协议》中公章盖章时间及是否先盖公章后打印进行司法鉴定。法院以中视康泰公司的民事起诉书（2011年5月11日）为样本1、以赫百世公司的法定代表人身份证明书（2011年8月24日）为样本2，委托北京长城司法鉴定所对上述文件进行鉴定。北京长城司法鉴定所出具的鉴定意见为：《协议书》上赫百世公司、中视康泰公司盖章处的印章印文形成时间相一致，系先形成印章印文后打印字迹，与样本1民事起诉书上的印章印文和打印字迹在相同时间段形成；《补充协议》上赫百世公司、中视康泰公司盖章处的印章印文形成时间相一致，系先形成印章印文后打印字迹，与样本1民事起诉书上的印章印文和打印字迹在相同时间段形成；《合作协议》上赫百世公司盖章处印章印文形成在先，打印字迹在后，最后形成北京万家康泰社区健身咨询服务有限公司盖章处印章印文，与样本2法定

代表人身份证明书上的印章印文和打印字迹在相近时间段形成。经本院咨询，北京长城司法鉴定所解释“相同时间段”是指相对时间不超过一个月。

上述司法鉴定文书向双方当事人送达后，中视康泰公司提出异议，称其公司在样本1、样本2所显示的时间段内不可能拿到赫百世公司的公章进行加盖，所以认为鉴定结论与事实不符。针对中视康泰公司的质疑，本院委托北京长城司法鉴定所就上述三份检材（《协议书》、《补充协议》、《合作协议》）中的印章印文形成方式进行了补充鉴定。补充鉴定意见载明：检材1、2上赫百世公司、中视康泰公司盖章处和检材3上赫百世公司盖章处的印章印迹是彩色打印形成的；检材3上北京万家康泰社区健身咨询服务有限公司盖章处印章印迹是直接盖印形成的。

诉讼过程中，法院曾向费歘核实了签订协议书及补充协议的经过，其称：赫百世公司平时的业务都是由孙占磊负责签订合同，公章也是由孙占磊保管，孙占磊不在的时候才交其保管；协议书是孙占磊在出国前一天电话委托其进行签订的。同时，费歘还证实其当时是以赫百世公司经办人的身份签订的协议书，对方中视康泰公司的经办人是赵霞。庭审过程中，中视康泰公司始终坚持称《协议书》是2010年9月27日当日签订的，《补充协议》是2010年11月17日当日签订的。

【案件焦点】

印章印文、打印字迹形成时间是否影响当事人意思表示真实性。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院认为：首先，鉴定结论显示，《协议书》与《补充协议》中印章印文的形成时间，以及两份协议具体内容的字迹打印时间，与中视康泰公司起诉书中印章印文的形成时间以及打印字迹时间在同一时间段，说明《协议书》及《补充协议》是与样本1中视康泰公司的起诉书（2011年5月）在相同时间段内形成的，这与中视康泰公司所述时间存在严重不一致。其次，《合作协议》上赫百世公司盖章处印章印文形成在先，打印字迹在后，且与样本1中视康泰公司的起诉书印章印文光密度值相近，北京万家康泰社区健身咨询服务有限公司盖章处印章印文，与样本2赫百世公司的法定代表人身份证明书上的印章印文和打印字迹在相近时间段形成，说明赫百世公司的印章形成于2011年5月11日左右的时间段内，协议具体内容的打印时间及北京万家康泰社区健身咨询服务有限公司的盖章时

间为2011年8月24日左右时间段内形成的，这与中视康泰公司所述时间（2010年9月27日）亦严重不符。另外，《协议书》与《补充协议》均系印章印文形成在前，协议具体内容的字迹打印在后。此种做法不符合当事人签订合同的常规程序，将无法控制合同文本的真实意思表述。

庭审中，赫百世公司认可"蓝光行动"项目系列活动存在的事实，并确认接收其委托执行该项目的公司为万家康泰公司（费勰亦是该公司股东），并提交了证据证明其与万家康泰公司之间存在协商、征询、确认以及费用支付的过程。相反，中视康泰公司却未能提供其与赫百世公司曾就"蓝光行动"项目系列活动进行过任何协商、征询及确认的证据。其提供的光盘、杂志、广告截屏等证据，亦无法印证其存在实际履行"蓝光行动"的情形。北京市西城人民法院依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：

驳回原告北京中视康泰文化发展有限责任公司之诉讼请求。

中视康泰公司不服提起上诉，认为一审的鉴定申请是由赫百世公司在举证期限届满后提出，鉴定报告没有依据，鉴定结论与双方当事人的陈述完全矛盾。北京市第一中级人民法院经审理驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

审判实践中，对意思表示的真实性通常要从合同的形式、订立过程、履行过程等方面综合考虑。

本案中，中视康泰公司和赫百世公司在签订涉案合同时处于混合经营状态，不仅在人员、办公地点上存在重合，而且公章也处于混用状态，因此在本案审理过程中，对于合同的印章印文、打印字迹形成时间进行鉴定，是完全有必要的。根据《最高人民法院关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》的规定，举证期限届满后，针对某一特定事实或特定证据或者基于特定原因，人民法院可以根据案件的具体情况，酌情指定当事人提供证据或者反证的期限。因此本院为核实关键证据真实性以便查清事实而准予赫百世公司于双方约定的举证期限届满后提出鉴定申请并无不当。

从鉴定结论可以看出，涉案协议均系印章印文形成在前，协议具体内容的字迹打印在后。此种做法确与合同签订的常规程序不符，不能完全保证合同文本的真实

意思表述。且鉴定结论显示，协议形成时间与中视康泰公司所述时间亦严重不符。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，负有举证责任的当事人应围绕其诉讼请求充分举证，除了应提供证明真实法律关系的关键证据，还应提供能够反映案件真实情况的辅助证据。中视康泰公司未能提供其与赫百世公司曾就"蓝光行动"项目系列活动进行过任何协商、征询及确认的证据，其主张的基本事实缺乏充分证据证明，因此其诉讼请求未得到一审、二审法院的支持。

编写人：北京市西城区人民法院　闪彤

44

快递行业限额赔偿格式条款的效力

——张小霞诉北京递万家速递有限公司服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第5565号民事判决书

2. 案由：服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：张小霞

被告（被上诉人）：北京递万家速递有限公司（以下简称递万家公司）

【基本案情】

2010年9月15日，张小霞托运100盒雅培安妥血糖试纸和100盒雅培试纸专用针，递万家公司收到物品后，出具了2303899687号圆通速递物流详情单，详情单正面采用加粗、加黑字体载明："填写本详情单前，务请阅读背面快递服务协议！使用本详情单表示您理解并接受协议内容；未保价快件丢失、毁损或短少，按照资费的三倍赔偿。"张小霞在寄件人处签字确认。详情单背面载有国内快递服务协议，其中协议第7条采用加粗、加黑字体载明："是否保价由寄件人自愿选择，贵重物

品请务必保价；未保价快件丢失、毁损或短少的，赔偿限额为资费的三倍。”张小霞托运时未保价，仅支付48元快递费。后因收货人未收到货物，张小霞将上海圆通速递有限公司北京分公司诉至法院。

诉讼中，张小霞称其自2010年6、7月份开始即与递万家公司存在合作关系，客户需要试纸，就用快递发给他们。递万家公司称事发当天，公司业务员是从张小霞家里取的货，在回分点过程中，业务员的电动车被盗，货物也随之丢失。

【案件焦点】

快递行业限额赔偿格式条款的效力认定。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院认为：张小霞与递万家公司签订的快递服务协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，是双方的真实意思表示，应属有效，双方应全面履行各自的义务。根据双方服务协议的约定，递万家公司应当将张小霞托运的物品按时送达给收货人，现递万家公司未能依约将物品送达收货人，故其行为违约，应当承担相应的违约责任。对于张小霞要求递万家公司赔偿所寄送物品的诉讼请求，本院认为：

首先，根据《中华人民共和国合同法》第三十九条的规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。本案中，关于限价赔偿的约定虽属格式条款，但圆通速递物流详情单正面已经采用加粗、加黑字体载明了“填写本详情单前，务请阅读背面快递服务协议！使用本详情单表示您理解并接受协议内容”，详情单的背面也采用加粗、加黑字体载明了“未保价快件丢失、毁损或短少，按照资费的三倍赔偿”，张小霞亦在寄件人处签字确认，说明其理解并接受了上述约定的内容。故格式条款提供方递万家公司已尽到了合理的提醒和说明义务，应当视为双方就此格式条款已经协商一致并订入合同内容范畴。

其次，快递服务协议载明了保价与未保价物品丢失、毁损后的不同赔偿方法，也就是说寄件人可以自主地根据自身情况对于所递送的物品选择保价或者不选择保价，在寄件人保价的情况下，递万家公司应按照实际损失赔偿；在寄件人不保价的

情况下，递万家公司免除部分赔偿责任。由此可见，递万家公司在关于限价赔偿的约定中，并未直接免除自身的赔偿责任，张小霞在寄件时有选择要求适用全部赔偿或部分赔偿条款的权利，故上述条款不属于《中华人民共和国合同法》第四十条规定的“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效”之情形。因此，张小霞关于限价赔偿的条款应为无效的主张没有法律依据。

再次，快递行业最大的风险在于物品的丢失和损毁，在快递公司收取的运费远低于货物价值的情况下，选择对托运货物进行保价是寄件人降低风险的最佳途径，这种安排亦符合权利与义务相一致及公平原则。张小霞作为成年人，应当对是否保价及相应后果有理性的判断，其未办理保价的行为应视为其自愿承受相应风险。

本案中，递万家公司在快递运单中通过设置不同的收费标准赋予了张小霞选择保价的权利，该行为并未违反《〈快递服务〉邮政行业标准》的规定。

因此，递万家公司未按约定将张小霞交寄物品送达收货人，张小霞有权依据协议约定要求递万家公司承担相应的赔偿责任，但其要求赔偿所寄送物品全部价值的诉讼请求没有合同依据，不予支持。虽然递万家公司同意按照三倍运费赔偿，但张小霞并不要求递万家公司以金钱的形式赔偿，故对该部分不予处理，双方可另行解决。北京市丰台区人民法院判决驳回张小霞的诉讼请求。

张小霞不服一审判决提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：张小霞与递万家公司之间成立快递服务合同关系。故双方的快递服务合同应属有效。快递单正面载明的格式条款既没有免除递万家公司的赔偿责任，也没有排除张小霞主张赔偿的权利，只是对赔偿数额进行了限制。考虑到张小霞所支付的快递费与损失金额的不对称性，该限制有其合理性，且对赔偿金额进行限制符合行业惯例。此外，快递单正面寄件人签名处上方采用加粗、加黑字体标明的内容亦经张小霞签名确认，且张小霞称与递万家公司存在长期合作关系，故应认定递万家公司已经向张小霞履行了格式条款告知义务。综合以上情况，前述格式条款应为有效。因此，递万家公司应当按照快递单背面国内快递服务协议的约定进行赔偿，张小霞要求递万家公司赔偿其所寄送的同规格、同品牌物品，缺乏依据，不予支持。张小霞的上诉请求，理由不能成立，不予支持。原审法院判决并无不当，应予维持。北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）

项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在司法实践中，此类案件中的当事人通常在选择如下两个赔偿标准中发生纠纷：其一是按照快递中灭失物品的价值赔偿，其二是按照邮寄合同单上普遍存在的格式条款限定的邮费的3－5倍赔偿。按照《合同法》第三十九条之规定，格式条款有效的前提是提供格式合同的一方应尽到提示、告知义务。在此，笔者认为从立法本意的角度，可以对《合同法》第三十九条做扩大的理解，亦即把当事人是否应当知悉保价条款作为判断标准。进言之，当提供格式条款的一方能够证明其尽到了提示告知义务或者综合案件情况可以认定消费者应当知悉格式条款的内容的情况下，格式条款有效。反之则无效。

综上所述，此类案件的焦点问题就在于认定接受快递服务的一方是否应当知悉保价条款。

第一种情况是当事人双方对快递公司尽到提示义务无争议。此种情况下，如果双方均认可快递公司尽到了提示义务，那么保价条款有效。消费者进行了保价的情形下按照保价数额或物品价值赔偿。消费者未进行保价的情形下则按邮资的数倍（一般为3－5倍）赔偿。

第二种情况是当事人双方对快递公司是否尽到提示、告知义务有争议，各执一词，且作为具有举证义务的快递公司又没有充分证据证明其对保价条款尽到了提示、告知义务。此时，就需要法官综合案件全部事实认定快递公司是否尽到了提示义务，法官亦可以综合案件全部事实直接认定消费者一方是否应该知道格式条款。这里所谓的综合案件事实，主要包括消费者一方的职业、使用快递业务的次数频度、快递详情单上对于保价条款一项的位置、字体、颜色等环节的设计等。

快递公司应该承担大部分责任，原因在于：首先，根据我国《民事诉讼法》关于举证责任的分配原则之规定，在此类案件中，快递公司对保价条款的提示、告知义务负有举证义务，亦要承担举证不能之后果。其次，从公平原则和诚实信用原则来看，快递公司是专业从事快递业务的企业，而消费者一般只是使用快递业务的个人。快递公司更应了解快递服务中的关键环节，更有义务亦更有条件完善快递服务过程的严谨性以及服务合同的科学性等环节。且比起消费者，快递公司由于从事快

递业务的长期性，对其道德风险的预防更为重要。此外，从当今快递业的现状来看，当下快递公司众多，快递行业准入和运行管理规范不成熟，服务不到位且投诉率高，在司法层面，应该严格对快递公司的责任承担以利于整个行业的健康发展。

除了快递公司的责任之外，笔者认为消费者亦应承担部分责任。理由如下：作为完全民事行为能力人的消费者，在利用邮寄的方式传送贵重物品的情形下，应该产生一种关注进而问询快递公司当邮寄物发生毁损灭失等情况后如何处理的义务。这种义务属于不真正义务。我国合同法在规定合同被违约方的减损义务中体现了不真正义务的存在，由此，不真正义务是一种法定义务，不需要当事人约定。与真正义务不同的是，不真正义务的履行义务的主体和相对人都是当事人自身，即向自己履行。但其本质仍是义务，不同于权利的是如不履行依然会有后果和责任产生，后果由自己承担。综上，笔者认为当消费者一方没有关注问询快递公司当邮寄物发生毁损灭失如何处理时，应该就由此产生的损害结果承担部分责任。

编写人：北京市第二中级人民法院　王朔

45

电话营销不规范，客户能否要求赔偿

——许贺山诉中国联通北京分公司、中国联通房山分公司电信服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第15348号民事判决书

2. 案由：电信服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：许贺山

被告（被上诉人）：中国联通北京分公司、中国联通房山分公司

【基本案情】

原告是被告的小灵通客户。2007年12月15日，原告办理了小灵通移动电话郊区套餐服务，该套餐业务为预付费方式，当月办理，次月生效，套餐费于每月初一次性扣除，套餐包含的本地通话当月未消费完部分不可带入下月，账户余额小于零时将停机，此时用户不可使用套餐内业务，在停机期间仍按月扣减套餐费用16元。此后，原告依约每月给其小灵通预存话费16元。

2008年6月21日，被告在未经原告同意的情况下，为原告开通了彩号功能业务，该业务资费标准为每月10元，不足一月按每日0.32元收取。原告每月仍给其小灵通预存话费16元，但被告除每月初扣除原告给其小灵通预存的套餐费16元外，还要扣除彩号功能费，从而导致原告的小灵通经常因欠费停机无法使用。

原告知晓后与被告自行协商未果，于2010年7月16日向工信部电信申诉中心进行申诉。被申诉后，被告提出其下属彩号客服于2008年6月21日拨打原告电话介绍彩号业务，告知彩号功能费并征求原告同意后，为原告开通彩号业务，于2010年7月2日取消此业务，但由于时间长、录音调取繁琐，目前还在调阅中；考虑到原告无使用记录，被告同意双倍返还彩号费，但原告不接受，要求领导当面给钱并书面道歉。

2010年8月11日，工信部电信申诉中心向原、被告出具调解意见：被告采取电话营销的方式为原告开通彩号业务，且没有提供原告自主定制的记录，业务开通不规范；建议被告对争议的费用按承诺进行退费，并对电话营销的方式进行规范；原告的其他要求超出调解权限。

【案件焦点】

被告未经原告同意即为其开通彩号功能，是否承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院认为：原告是二被告的小灵通用户，双方之间存在电信服务合同。2008年6月21日，被告为原告开通了彩号功能业务，并收取了原告相应的彩号费，属于对电信服务合同的变更，但因该变更原告并未知晓，且被告给原告开通彩号功能业务后，原告也从未使用过该功能，故该变更内容对原告不具有法律约束力，继而被告收取原告的彩号费缺乏相应依据。依据彩号业务费的资费标准

核算，被告无故收取了原告243.84元。被告依据双方合同约定扣取原告每月预存的小灵通郊区套餐服务费后，在无依据的情况下再收取原告的彩号费后会使原告违反小灵通郊区套餐服务的约定，即导致原告小灵通账户余额小于零而停机无法使用。原告小灵通无法使用确实会给原告的生产、生活带来不便，从而导致相应的损失；现原告以被告多收的费用为依据，要求被告赔偿474.88元并无不当，应当予以支持。原告要求被告书面道歉，并赔偿精神损失费的要求，因缺乏相应的事实和法律依据，难以支持。

北京市房山区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第七十七条、第一百零七条，判决：

一、被告自判决生效之日起七日内赔偿原告经济损失474.88元。

二、驳回原告的其他诉讼请求。

许贺山持原审起诉意见提起上诉，坚持要求赔礼道歉和精神损失费。北京市第一中级人民法院审理认为原审法院认定事实和适用法律并无不当，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

虽然小灵通业务本身已不具有普遍性，但是现实生活中在基本电信服务之外（为）客户开通特殊功能，则是十分常见。电信运营商为客户开通特殊功能，常常通过电话营销的方式进行。

在本案中，法官对生活中的电信服务行为从法律上进行了准确的认定，即首先原告和被告之间存在电信服务合同；其次，被告为原告增加彩号功能，属于对合同的变更；第三，被告对合同的变更，并不是与原告进行协商的结果；第四，被告的单方面变更给原告的生活和工作造成了损失。这样层层递进的认定之后，法官判决被告承担赔偿责任，该责任以退还多收的彩号功能费为基础。

被告虽然提出其在电信服务合同的变更中，已经通过电话的方式向原告说明相应资费情况并征求其同意，但是没有提供当时的电话录音等证据材料加以证明。这是本案的关键所在，即作为强势一方的电信运营商，在其与客户的服务合同中，需要证明其与客户的交易是平等协商的结果。在一般情况下，客户主动与电信运营商订立合同，即办理入网手续等，相应资料大部分在电信运营商处存储，而客户只持

有最终签订的格式化合同。在电话营销的情况下，客户被动订立合同，不会持有相应的书面证明，目前一般是达成协议之后电信运营商会通过发送短信提醒的方式告知客户，这就更加要求电信运营商对相应的协议过程承担证据保存责任。另外，原告没有使用过该项业务，也是很重要的，从侧面证明了原告对被告为其开通彩号功能并不知情，从而证明被告的行为是单方面变更合同，其收取相应费用没有依据。

值得注意的是，本案原告还提出了赔礼道歉和精神损失费的诉讼请求。而这两种请求前提是存在精神损害，往往发生在侵权领域，在当事人以合同为依据主张权利时，要审慎处理其相应请求，如果存在竞合情形，适当时需向其释明。电信服务合同纠纷的一个特点是涉案金额一般较小，作为原告的客户之所以起诉，往往是为了出一口气，常会提起赔礼道歉和精神损失费的请求。本案一、二审法院都没有展开论述是一种冷处理，避免案件焦点转移造成情绪激化，这是比较明智的。

本案的意义也不限于电信服务合同，在其他服务中也具有借鉴意义。如银行结算服务合同中，银行未经储户同意擅自为储户办理余额变动提醒服务，或者在提供试用期之后未经储户同意径行收取功能费，储户可以起诉要求退还相应费用。

编写人：北京市房山区人民法院　赵鹏杰　何育龙

46

安置房的物业费由谁缴纳

——厦门永祥物业服务有限公司诉厦门市集美国有投资有限公司等物业服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集民初字第1648号民事判决书

2. 案由：物业服务合同纠纷

3. 当事人

原告：厦门永祥物业服务有限公司（以下简称永祥物业）

被告：厦门市集美国有投资有限公司（以下简称集美国投）、厦门市集美区建设局（以下简称集美建设局）、王建伟

【基本案情】

集美建设局系永祥新城安置房小区讼争物业的所有权人。2009 年 7 月 29 日，原告永祥物业与被告集美建设局签订一份《永祥新城安置房前期物业管理服务合同》，即“前期物业合同”，集美建设局选聘永祥物业对永祥新城安置房提供前期物业管理服务，双方对服务时间、服务内容、收费标准、违约责任等事项进行约定：1. 合同期限自 2009 年 8 月 1 日起至 2010 年 7 月 31 日止，若合同期满，被告集美建设局未将续聘或者解聘原告的意见通知原告，且未选聘新的物业管理企业，可由原告按照原合同规定的权利义务继续管理；2. 物业服务费、公共维修基金由业主按其拥有物业的建筑面积交纳，其中店面、商场的物业服务费、公共维修基金的收费标准分别为 1.4 元/月/平方米、0.25 元/月/平方米，逾期支付物业服务费每日按应交费用的千分之三加收违约金，逾期支付公共维修金所产生的滞纳金依据政府相关规定执行（按照《厦门市房屋公共维修金管理规定》第十二条的规定，可按日加收欠款金额千分之三的滞纳金），相关费用由被告集美建设局每半年拨付一次；3. 业主逾期交付物业综合管理费、公维金等产生的滞纳金，依据政府相关规定执行，由永祥物业向业主（或使用人）收取；4. 业主可与物业使用人就本合同权利义务进行约定，但物业使用人违反本合同约定的，业主应承担连带责任。

2008 年 7 月，厦门市集美区政府出台集府（2008）108 号文件《集美区安置房项目配套公建管理暂行办法》，规定集美区安置房项目中店面等营业性配套公建交给被告集美国投统一进行管理，并由集美国投按相关规定缴交物业管理费。2010 年 5 月，集美区政府召开关于安置房项目物业管理若干问题的会议，决定将安置房项目的营业性店面、商场、地下车库等由被告集美建设局移交给被告集美国投经营管理。空置部分物业管理费由集美国投向区财政申请后作为业主单位缴交，空置安置房的公共维修金由集美建设局向区财政申请拨付并由物业公司设立专账代管，集美建设局严格审批用款申请并做好资金监管工作。

2010 年 1 月 20 日，被告集美国投与被告王建伟签订集国代租合第 035 号《房

屋租赁合同》及补充协议，确定被告王建伟为仁德里14号的承租人，双方对租赁期限、租金计算方法及支付方式等问题进行了约定，约定讼争物业的物业费由被告王建伟自行负责。被告王建伟自2010年2月1日起成为讼争物业的实际使用人。讼争物业自2010年2月1日起至2011年12月31日止产生物业管理费36393.73元、公共维修基金6498.88元，被告王建伟未交纳上述费用。2010年7月29日，集美国投与王建伟签订《集国代合第35号》补充协议，确认讼争物业因13#楼翻修造成商场无法使用，集美国投同意暂停使用并免交租金的事实。

【案件焦点】

讼争安置房的物业费应由谁承担。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院认为：关于物业费责任主体问题，根据《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第七条的规定：“业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费、物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。”被告王建伟作为讼争物业的实际使用人，在接受了原告提供物业管理服务的同时，理应履行缴纳物业管理费、公维金之义务。被告集美国投基于集美区政府的决定、相关合同的约定，对讼争物业负有经营管理职责，对上述费用的交纳应当承担连带责任。原告在合同约定中对讼争物业产权所有人即被告集美建设局交纳物业费义务采取放弃态度，故原告要求集美建设局承担连带责任的请求，不予支持。

关于滞纳金问题，被告王建伟应当依照合同约定缴纳物业管理费及公共维修金，因王建伟未依约交纳上述费用，已构成违约，应支付相应的滞纳金。但双方在合同中约定的滞纳金为日千分之三，根据我国《合同法》及相关司法解释的规定，该滞纳金显然过高，酌情调整为按中国人民银行同期贷款利率计算违约金，自2012年1月1日起计至法院指定的付款之日止。

关于公维金问题，被告王建伟主张讼争物业属于集府专（2010）46号专题会议纪要中的空置安置房，应由集美国投交纳物业费和公维金，不符合事实和相关规定，不予采信。

福建省厦门市集美区人民法院根据《中华人民共和国合同法》第六十条第一

款、第一百零七条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条,《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款,判决:

一、被告王建伟应于判决生效之日起十日内向原告交纳物业服务费36393.73元及滞纳金(按中国人民银行同期贷款利率计算,自2012年1月1日起计至本院指定的付款之日止)。

二、被告王建伟应于判决生效之日起十日内向原告交纳公共维修基金6498.88元及滞纳金(按中国人民银行同期贷款利率计算,自2012年1月1日起计至本院指定的付款之日止)。

三、被告集美国有投资有限公司就上述款项向原告承担连带清偿责任。

四、驳回原告的其他诉讼请求。

【法官后语】

该案例涉及安置房物业管理服务费承担问题,争点在于安置房的所有权人和实际经营管理责任人是否应当承担交纳安置房管理服务费的连带责任。

1. 根据《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第七条的规定,集美建设局作为讼争物业的产权所有人即法律上的业主,本应当对交纳物业费承担连带责任。但是,根据原告永祥物业与被告集美建设局在《前期物业合同》中的约定,讼争物业的管理服务费用由另一被告集美国投交纳。在该约定中,原告表示讼争物业的管理服务费用仅由另一被告集美国投承担的意思表示,应视为原告放弃自身债权、免除被告集美建设局交纳讼争物业管理服务费这一债务。在私法自治原则的指导下,只要当事人的行为不违反法律法规的禁止性规定,法律就应承认其行为的效力,故商事合同中的当事人自愿放弃自身的权利,法律不应禁止。因此,被告集美建设局不承担交纳讼争物业管理服务费的义务。

2. 根据集美区政府发文《集美区安置房项目配套公建管理暂行办法》以及关于安置房项目物业管理若干问题的会议纪要的规定及决定,讼争物业交给被告集美国投统一进行管理,并由其按相关规定缴交物业管理费。因此,虽然集美国投既不是讼争物业的业主,也不是该物业的承租人、借用人和使用人,但是其实际上是该

物业的实际经营管理责任人。此外，原告与被告集美建设局在《前期物业合同》约定，由集美国投向原告缴纳讼争物业的管理服务费，集美国投对此也不持异议。事实上，集美国投也根据集美区政府的决定，实际履行着经营管理职责，对讼争物业进行租赁等处分。因此，集美国投作为讼争物业的实际经营管理责任人应当承担交纳物业费的责任。其与被告王建伟签订的《房屋租赁合同》约定，租赁期间的物业费由承租人即被告王建伟自行负责，免除了交纳物业费的义务。但是，根据合同相对性原理，该合同仅在合同双方当事人即王建伟与集美国投之间发生效力，对合同以外的第三人即原告永祥物业不发生效力，集美国投交纳物业费的义务不因其与被告王建伟的《房屋租赁合同》而得到免除。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　王峰

47

交纳物业服务费用的范围限于所提供的具体物业服务

——厦门欧鹭物业管理有限公司诉厦门市建筑装饰公司物业服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第2381号民事判决书

2. 案由：物业服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：厦门欧鹭物业管理有限公司（以下简称欧鹭公司）

被告（被上诉人）：厦门市建筑装饰公司（以下简称建装公司）

【基本案情】

2010年9月29日，原告欧鹭公司与厦门市太子山庄小区业主委员会签订《太子山庄小区物业管理合同》，约定业委会将厦门市思明区阳台山路5－3号即太子山庄小区委托给原告实行综合物业管理，合同期限为三年，自2010年9月30日起至

2013年9月30日止。合同第六条约定，商铺的综合管理服务费按每月每平方米建筑面积0.70元执行；公共设施专用维修金由原告代为收缴，其使用按政府主管部门的相关规定执行并征得业委会同意，以保障物业的公用配套设施的更新改造及重大维护费用。2010年10月5日，原告与业委会签订《〈太子山庄小区物业管理合同〉修改协议》，约定将《太子山庄小区物业管理合同》第九条第4点“本合同在履行中如发生争议，双方应协商解决，协商不成时，提请物业管理主管部门调解，调解不成的，提交厦门市仲裁委员会依法裁决”修改为：“本合同在履行中如发生争议，双方应协商解决，协商不成时，可向当地人民法院提起诉讼”。

被告建装公司现址位于思明区阳台山D栋3－3号及3－7号一、二楼，一楼用于店面出租，二楼用于办公，属太子山庄用地核定红线图范围内，建筑面积合计为689.72平方米。被告用于出入的通道楼梯朝向万寿路，无需经太子山庄小区门口及庭院出入。思明区阳台山D栋3－3号及3－7号三至八楼为太子山庄小区住户，出入需经小区门口。2010年及2011年，被告向阳台山社区居委会缴纳保洁员补贴，该费用系社区居委会保洁员负责将被告二楼的生活垃圾进行清理并转运到清洁楼而由社区居委会收取。

【案件焦点】

建装公司作为业主负担交纳物业服务费的范围。

【法院裁判要旨】

厦门市思明区人民法院认为：欧鹭公司主张其向建装公司提供物业管理服务，但未提供充分证据予以证明，故对欧鹭公司的主张不予支持依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，判决：驳回欧鹭公司的诉讼请求。

欧鹭公司持一审意见上诉。厦门市中级人民法院审理认为：本案当中，涉案小区书面的物业服务合同为《太子山庄物业管理服务合同》，约定物业管理内容包括：（一）服务建筑本体共用部位的维修、养护和管理；（二）房屋建筑本体共用设施设备的维修、养护、管理和运行服务；（三）讼争物业规划红线内属物业管理范围的市政共用设施的维修、养护和管理；（四）讼争物业规划红线内的附属配套服务设施的维修、养护和管理；（五）公共环境的清洁卫生、垃圾收集、清运；（六）小区实行封闭式管理及交通、车辆行驶及停泊管理；（七）配合和协助当地公安机

关进行安全监控和巡视等保安工作，对违反业主公约的行为采取批评、规劝、警告、制止等措施；（八）向业主和物业使用人收取和管理公维金；（九）社区文化娱乐活动。业主建装公司现址位于思明区阳台山D栋3－3号及3－7号一、二楼，一楼用于店面出租，二楼用于办公，属太子山庄用地核定红线图范围内，建筑面积合计为689.72平方米。其用于出入的通道楼梯朝向万寿路，无需经太子山庄小区门口及庭院出入。思明区阳台山D栋3－3号及3－7号三至八楼为太子山庄小区住户，出入需经小区门口。2010年及2011年，其向阳台山社区居委会缴纳保洁员补贴，该费用系社区居委会保洁员负责将建装公司二楼的生活垃圾进行清理并转运到清洁楼而由社区居委会收取。欧鹭公司虽提供了小区二次供水水泵电费、总供电发票，但其已认可建装公司的电是独立于小区之外，而其提交的证据五则表明，其在向建装公司提供二次供水管理服务的同时，另行向建装公司收取了水泵费用；欧鹭公司虽提供了化粪池清理费用的发票，但建装公司提交的化粪池清理收费发票虽不能表明其曾经向欧鹭公司支付该费用的事实，但可以表明存在向物业管理人另行交纳该费用的历史。因此，可以认定本案当中欧鹭公司为建装公司所提供物业服务显著少于《太子山庄物业管理服务合同》约定，乃是以个别收费的方式进行结算。关于建装公司作为业主负担交纳物业服务费的范围，建装公司的房产出入口独立于讼争小区，其自行向社区居委会缴纳保洁员将生活垃圾进行清理并转运到清洁楼的费用，其电表、消防系统均独立于涉案小区，在接受欧鹭公司提供的二次供水共用部分的服务时，采用了另行缴费的方式，对公用化粪池的清理在此前亦采用另行缴费的方式，鉴于欧鹭公司未能提供证据表明其对建装公司曾履行《太子山庄物业管理服务合同》中规定的安保、维护等其他物业服务，且在实际履行中建装公司对其享受的小区公用部分服务向欧鹭公司采用了另行缴纳相关费用的方式，故欧鹭公司要求建装公司依照《太子山庄物业管理服务合同》的约定缴费的主张，没有相应的事实依据，但建装公司应当依照其此前的惯例，对其享受的小区公用部分服务适当向厦门欧鹭物业管理缴纳相关费用。

【法官后语】

本案审理涉及如下几个问题：

1. 物业企业为特定业主所提供物业服务客观上可能与书面的物业服务合同存

在差异。

书面的物业服务合同按照独立性与阶段的不同，可分为两类：一是对业主而言包含在买卖合同之中的、由建设单位与物业企业订立的前期物业合同；二是业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同。一般而言，书面的物业服务合同约定内容对物业管理区域内业主一体适用，并无分别。

但实践中，在具体物业管理区域内，由于业主性质的特殊、业主房屋区位或功能结构的特定性，以及物业管理区域的特定历史延续，往往造成物业企业为特定业主所提供物业服务客观上可能与书面的物业服务合同存在差异，且一直为双方所默认、接受的情况。此种差异倘若并不损害国家、社会或第三人利益，且符合双方意愿，法律应对之保持尊重，不必强求双方按照书面的物业服务合同履行。本案当中，欧鹭公司为建装公司所提供的物业服务即属于此种类型。

2. 物业企业针对特定业主所提供的物业服务显著不同于物业服务合同约定的，特定业主交纳物业服务费用的范围限于物业服务企业所提供的具体物业服务。

前文已述，本案当中欧鹭公司为业主建装公司所提供物业服务显著少于《太子山庄物业管理服务合同》的约定，因此，若要求建装公司仍得按照《太子山庄物业管理服务合同》所确定物业服务费标准计算向欧鹭公司交纳费用，必将造成“不同服务、相同收费”之不公平结果，固与民法之公平原则相悖，亦与双方长期以来已形成之交易惯例相悖。

物业企业所提供物业服务内容与业主所交纳费用之间具有对价关系。物业企业收取业主交纳费用的正当性基础在于其提供了相应的物业服务。因此物业企业不能对其未能提供的服务向业主收取费用。在本案特定业主已就物业企业为其所提供具体服务支付对价完毕的前提下，物业企业请求该特定业主按照其书面的物业服务合同的标准交纳物业服务费，乃是要求业主就物业企业未能提供的物业服务支付对价费用，显然不具备正当性。此种诉讼请求缺乏事实和法律依据，当予以驳回。

3. 特定业主与物业企业已就提供物业服务内容及交纳物业费用形成长期惯例但未另行订立书面物业合同的，应当认定双方以默示方式对物业管理服务进行了个别约定。

物业企业毕竟是经营性主体，其从事物业管理服务活动，乃是营利性活动。现实生活中不排除物业企业为增加利润，对已经形成长期惯例的前述特定业主，故意按照书面的物业服务合同增加物业服务内容，以实现增收物业服务费用的可能。对

此，应当将双方之前的长期惯例理解为双方的个别合同约定。物业企业故意按照书面的物业服务合同增加物业服务内容的行为应定性为变更合同内容之要约。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　曾臻

48

物业服务费无权优先受偿

——重庆市万州区万川物业管理有限公司诉重庆市同顺科技开发有限公司服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

重庆市第二中级人民法院（2012）渝二中法民终字第114号民事判决书

2. 案由：物业服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：重庆市万州区万川物业管理有限公司（以下简称万川物业）

原告（被上诉人）：重庆市同顺科技开发有限公司（以下简称同顺公司）

【基本案情】

2001年12月28日，万川房地产公司与万川物业签订《前期物业管理协议》，万川房地产公司将其开发的“万川花园”委托万川物业进行前期物业管理，约定：商业用户每建筑平方米5元/月、写字楼每建筑平方米3元/月；业主逾期不交纳物业服务费，按日加收应交费用千分之五的滞纳金等。2003年10月20日，万州区物价局作出万州价房［2003］115号《万州区物价局关于万川花园大厦物业管理服务收费标准的批复》载明：1. 商场：每建筑平方米4.20元/月，其中日常维修费2.10元；2. 写字楼：每建筑平方米3.20元/月，其中日常维修费1.60元。2004年9月9日、2007年9月17日，万川房地产公司就万川花园前期物业管理与万川物业续签了《前期物业服务合同》。2004年10月10日、2008年7月17日，万州区房

地产管理局就万川物业对万川花园前期物业管理分别出具了备案证明。2006 年 10 月 30 日，同顺公司前述抵押的房屋被法院在另案查封。

万川物业是万川花园的物业服务提供者，其相关收费已经万州区物价局批复备案。同顺公司从 2000 年成为万川花园 19－25 层房屋业主接受物业服务。2010 年 5 月 15 日同顺公司以前述房作抵押为万州区万川房地产开发有限公司向长城资产公司提供贷款担保。后贷款未还，法院判决长城资产公司对抵押物享有优先受偿权而被查封至今。同顺公司未支付物业服务费。其中抵押当月（2001 年 6 月份）欠付物业服务费 29933.40 元（855.24 ㎡ ×7 层 ×5 元/㎡），法院查当月（2006 年 11 月）尚欠服务费 25148.76 元（855.24 ㎡ ×7 层 ×4.2 元/㎡）。同顺公司认可欠物业服务费并愿按合同约定承担滞纳金，主张以抵押房屋变现的价值清偿。

【案件焦点】

物业服务企业收取物业服务费的债权是否具有优先效力。

【法院裁判要旨】

重庆市万州区人民法院认为：万川物业关于在同顺公司的抵押中优先受偿的主张，缺乏法律依据，不予支持。判决：

一、被告同顺公司支付原告万川物业物管费 55082.16 元（2001 年 6 月物管费 29933.40 元、2006 年 11 月物管费 25148.76 元）。

二、被告同顺公司支付原告万川物业物管费滞纳金 6753.40 元（2001 年 6 月滞纳金 4490.01 元、2006 年 11 月滞纳金 2263.39 元）。

三、驳回原告万川物业享有同顺公司抵押担保物优先受偿权的诉讼请求。

一审宣判后，万川物业不服提出上诉。重庆市第二中级人民法院认为：物业服务合同的标的物是不动产，与保管合同的标的物是动产有本质的不同，且物业服务合同系《物业管理条例》规定的有名合同，本案案由应为物业服务合同纠纷。万川物业要求对同顺公司的物业所拖欠的在抵押当月及其后被法院查封当月产生的物业服务费和滞纳金“从该抵押房屋的司法处置收入中优先受偿（或先予拨付）”，其实质即主张物业服务费对所服务的物业处置的价款享有优先受偿权。优先受偿权系法律规定特定债权人优先于其他债权人甚至优先于其他物权人受偿的权利，法律明文规定排除其他权利得享优先受偿系其先决条件与必要条件。我国现有法律、法

规，并未明确规定物业服务企业收取物业服务费的债权优先于其他权利人实现权利，万川物业上诉要求对其所服务的物业即同顺公司用以抵押的房屋处置的价款优先受偿缺乏法律依据。即使万川物业所主张的物业服务费及滞纳金所产生的时间系同顺公司设定抵押之时及该抵押物被抵押权人申请查封之时，因物业服务费的支付主体系同顺公司，不是抵押权人，该时段欠付的物业服务费及滞纳金首先应由同顺公司承担，而并非抵押合同约定的“实现抵押权的费用和所有其他应付的费用”。只有当抵押权人长城资产公司为顺利实现抵押权而代同顺公司支付物业服务费及相应滞纳金后，长城资产公司因该代付行为所发生的费用才系“实现抵押权的费用和所有其他应付的费用”，而该代付费用的请求权人也系抵押权人长城资产公司，而非物业服务公司。此种情况可以视为物业服务费通过一定形式或途径间接地取得优先受偿权，但并非万川物业起诉、上诉要求的直接的优先受偿权。万川物业对同顺公司收取物业服务费形成的债权明显也不是担保物权，仅系普通债权，《物权法》第一百七十三条不能作为物业服务费优先受偿权的权利来源的法律依据。因此法院作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

优先受偿权是非担保物权之优先受偿的权利，系法律规定特定债权人优先于其他债权人甚至优先于其他物权人受偿的权利。在外在形式上它并不表现为抵押权、质权、留置权等物权权能却因法律明确规定而具有优先于抵押权、质权、留置权及普通债权优先受偿的权利。优先受偿权是法定受偿权的一种，法律明文规定排除其他权利得享优先受偿系其先决条件与必要条件。我国现有法律、法规，并未明确规定物业服务企业收取物业服务费的债权优先于其他权利人实现权利，万川物业要求优先受偿的诉讼请求不能得到支持。本案当事人及案外人重庆市万川经济发展（集团）有限公司为关联企业，因该案外人的借款债务未清偿，担保人同顺公司担保的抵押物要被依法处置。万川物业的目的是想通过物业服务费优先受偿从抵押物中切割一份，实质是想通过物业服务费让关联企业逃避部分债务，其以保管合同起诉，主张抵押、查封期间的物业服务费属实现抵押权的费用及物业服务费关涉生存权应优先受偿等理由不过是万川物业欲达目的的烟幕弹。

编写人：重庆市第二中级人民法院　刘健

49

群体性欠费诉讼的裁决尺度

——广州市科泉物业管理有限公司诉刘少军、李凤玲物业服务合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2011）穗中法民五终字第737号民事判决书

2. 案由：物业服务合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：广州市科泉物业管理有限公司（以下简称科泉公司）

被告（被上诉人）：刘少军、李凤玲

【基本案情】

刘少军、李凤玲于2005年10月8日收楼入住绿佳花园小区，该小区至今尚未成立业主委员会，科泉公司受该小区开发商的委托自2005年3月1日入驻该小区提供物业管理服务至今。科泉公司原一直按0.8元/平方米/月的标准向业主收取物业服务管理费，刘少军、李凤玲亦一直依约按此标准向科泉公司交纳管理费。自2007年1月开始，科泉公司改为按1.2元/平方米/月的标准向业主收取管理费，初期刘少军、李凤玲按科泉公司提高后的标准依约缴费。但自2008年8月开始，双方对于该缴费标准产生争议，刘少军、李凤玲认为科泉公司提高收费标准没有依据，拒绝继续按此标准向科泉公司交纳管理费。科泉公司遂向广州市天河区法院起诉，请求法院判令：一、刘少军、李凤玲支付2008年8月至2010年3月31日间累计拖欠的管理费（按每月108.30元的标准交纳）、水费、电费及垃圾费3363.20元以及滞纳金（当月拖欠物业管理费滞纳金自当月11日起计至2010年3月31日止，当月水电费滞纳金自次月7日起计至2010年3月31日止，均以当月拖欠的物业管理费、水电费为本金，均按每日1‰的标准计算）；二、本案受理费由刘少军、李

凤玲负担。

因科泉公司自2007年1月起按1.2元/平方米/月的标准收取物业管理费，案外人刘秀梅因此而拒绝交费产生的物业纠纷诉讼，广州市天河区法院于2008年12月13日作出（2008）天法民四初字第2046号民事判决，支持了科泉公司要求按1.2元/平方米/月收取物业管理费的诉讼请求。刘秀梅不服上诉，广州市中级人民法院作出（2009）穗中法民五终字第390号民事判决，驳回上诉，维持原判。刘秀梅对此仍不服申请再审，2010年7月6日，广东省高级人民法院作出（2010）粤高法民一申字第461号民事裁定，认为“申请再审人刘秀梅在接受被申请人科泉公司物业管理服务的同时，一直未交清自2007年1月1日至2008年10月31日的物业管理费，虽然《前期物业管理委托合同》不能成为科泉公司收费的合同依据，但在三分之二的业主都按照1.2元/平方米/月的标准交纳物业管理费的前提下，二审判决判令刘秀梅应按照该标准交纳物业管理费并无不当”，据此该院驳回刘秀梅的再审申请。

另，包括本案刘少军、李凤玲在内的绿佳花园35户业主，因对本案科泉公司按1.2元/平方米/月收取管理费有异议而拒绝交费所引发的35件物业服务合同纠纷案件，已于2010年2月由广州市天河区人民法院立案受理。

【案件焦点】

在“选择性欠费诉讼”胜诉之后，法院面对物业公司提起的群体性欠费诉讼案件，如何“同案同判”。

【法院裁判要旨】

广州市天河区人民法院认为，绿佳花园至今尚未成立业主委员会，科泉公司受该小区开发商的委托对该小区提供物业管理服务，符合《物业管理条例》的规定，有权向该小区内的业主或房屋使用人收取物业服务费。刘少军、李凤玲作为该小区内房屋的使用人，在享受科泉公司提供的物业管理服务后，理应支付物业服务费给科泉公司。双方对于物业管理费的交纳标准存在争议，对此该院认为，在科泉公司诉刘秀梅物业服务合同纠纷一案中，刘秀梅对科泉公司按1.2元/平方米/月的标准收取物业管理费存有异议，该案经一审、二审、再审，三级法院均审理认为科泉公司按1.2元/平方米/月的标准向刘秀梅收取物业管理费并无不当。上述收费标准是

针对绿佳花园小区全体业主，并非只针对刘秀梅一人，刘少军、李凤玲作为绿佳花园小区的房屋使用人，亦应按此标准缴纳物业管理费。故现科泉公司要求刘少军、李凤玲按每月108.30元（90.21平方米×1.2元/平方米/月）的标准交纳2008年8月1日至2010年3月31日期间的物业管理费合法有据，予以支持。科泉公司要求刘少军、李凤玲支付2008年8月1日至2010年3月31日期间的水费963.30元、电费133.90元、垃圾处理费100元，因刘少军、李凤玲没有异议并表示同意支付，亦予以支持。

对于科泉公司要求刘少军、李凤玲支付拖欠上述期间物业管理费、水费、电费、垃圾处理费的滞纳金诉请，法院认为，因科泉公司对刘少军、李凤玲提供的《业主入住合约》及收费标准真实性没有异议，虽科泉公司抗辩收费标准上的0.8元/平方米/月是刘少军、李凤玲自行添加的，但未举证证实，且刘少军、李凤玲自2005年10月收楼入住后至2006年12月期间一直按此标准交纳费用，故对于科泉公司的上述意见不予采纳。双方认可原按0.8元/平方米/月的标准交费并一直执行至2006年年底。2007年1月开始，科泉公司按新的收费标准收取物业服务费，但由于科泉公司此行为未能取得绿佳花园小区所有业主的支持与理解，导致包括本案刘少军、李凤玲在内的部分业主与科泉公司产生争议，甚至于需报警处理，且包括刘少军、李凤玲在内的35户业主亦于2010年2月分别向该院提起诉讼，要求本案科泉公司退回多收部分的物业管理费。据此可见，双方对于管理费收费标准的分歧极大，当时情况下矛盾难以调和，故刘少军、李凤玲关于“科泉公司因其不愿按1.2元/平方米/月的标准交纳管理费而拒绝收取水电费、垃圾处理费及按0.8元/平方米/月先行交纳的管理费”的陈述是合理可信的，予以采信，导致上述费用至今仍未交纳并不可完全归责于刘少军、李凤玲。综合以上案情，依照公平合理的民法原则，对于科泉公司要求刘少军、李凤玲支付上述滞纳金的诉请，不予支持。依照《中华人民共和国合同法》第五条、第六十条第一款、第一百零七条，《物业管理条例》第六条、第二十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条、第六十四条第一款之规定，判决：

一、刘少军、李凤玲于判决发生法律效力之日起十日内支付2008年8月1日至2010年3月31日期间的物业管理费2166元、水费963.30元、电费133.90元、垃圾处理费100元给科泉公司。

二、驳回科泉公司的其他诉讼请求。

科泉公司不服一审判决提出上诉，认为刘少军、李凤玲首次拒绝缴纳物业管理费的2007年1月，该月小区物业管理费收缴率已超过全体业主的三分之二，除被上诉人等几位业主外，其他业主并没有对1.2元的物业管理费行为提出异议，因此，不存在未能获得小区业主认可之说法。刘少军、李凤玲曾报警的行为与其免除承担违约责任并不存在关联关系，相反正好说明刘少军、李凤玲以明确的事实表示拒绝依照物业合同约定履行缴纳物业管理费的义务。2010年2月份，包括刘少军、李凤玲在内的35户业主向一审法院提起诉讼，要求科泉公司退回多收部分的物业管理费，与本案刘少军、李凤玲违反合同约定，拖延缴纳物业管理费，应承担违约责任，存在性质上的差异。

二审法院经审理认为，原判综合本案案情，依照公平合理的民法原则，对于科泉公司要求刘少军、李凤玲支付上述滞纳金的诉请不予支持并无不当。综上，故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理涉及以下几个问题：

一、群体性欠费诉讼案件产生的成因及潜在的法律问题

物业公司提起本案诉讼之因，是已有同楼盘法院生效判决判令业主向其支付欠付的物业管理费及滞纳金。由于物业纠纷诉讼具有群体效应，审理结果具有示范效应，因此，物业公司在起诉案涉小区内拖欠物业费的业主时，并不是简单地将所有拖欠物业费的业主一并起诉至法院，而是先针对其中少数人提起诉讼，这种做法可以称之为“选择性的欠费诉讼”。这种诉讼表面上所体现的是个别业主违约拖欠物业费，一般情况下法院都会按照双方之间物业管理费的支付情况进行审查，因事实简单、证据较少，通常法院会判令业主交纳物业费，并承担相应的滞纳金。

本案中，科泉公司的诉讼正是采取的此类诉讼模式，因此，法院在处理科泉公司所提出的群体性欠费诉讼时，还必须顾及到“选择性欠费诉讼”的生效判决。在短时间内难以选择其他更为有效的应对措施时，依据已生效的判决，在群体性的欠费诉讼中，业主提出的抗辩理由如无充分理据，则基本不会得到法院的支持。司法

实践之所以会采取这种应对措施，关键原因在于现实的可操作性和统一性。基于此，对于群体性的欠费诉讼，法院会依据所欠费用及应接受管理、支付对价的考虑判决业主缴纳物业管理费及滞纳金，即使部分业主所提出的诸多抗辩理由有一定道理的，也会因为没有证据而不予支持。物业公司有了群体性欠费诉讼的胜诉判决的支持，把诉讼当作实现收费的手段，形成了一个恶性循环：业主们对裁决不满，就更不愿意主动交纳物业费；物业公司收费不足，服务质量必然下滑，也就会引起更多业主的不满，欠费规模更加扩大；欠费规模的扩大，物业公司必然就会把大量的精力投入到物业费诉讼中，以求尽快收取物业费；而物业费欠费诉讼只能解决欠费问题，解决不了业主提出的其他合理要求，业主对裁决当然不可能满意，就不会自动更不会主动执行判决，并且继续欠费，物业欠费诉讼像滚雪球一样不断扩大，在短短一两年时间内增长数倍，势所必然，大型楼盘影响更广。这种恶性循环，使得业主与物业公司之间的矛盾全面爆发，此时，拖欠物业费已经不再是简简单单的欠费问题，它还承载着业主们对于物业服务的不满，对于开发商遗留问题未解决的不满、对小区居住生活环境的不满以及对法院判决不能解决业主现实问题的不满等等，甚至成为业主们主张权利的表现方式。而物业公司也会因业主的不配合或诉讼的缠身，进而退出管理，导致小区管理空白，最终业主利益受损，双方均受到损害。

二、本案的处理应否遵循“同案同判”的司法审判规则

就本案而言，一方面，科泉公司针对一审法院没有判令支持其应收物业管理费用的滞纳金提出了上诉，认为已经生效的同楼盘同类案件经法院判决支持了滞纳金的请求，而本案的处理与前案略有不同，似乎没有遵循“同案同判”的审判原则；另一方面，在诉讼的同时，业主方组织了大量的人员拟在亚运期间集体上访。面对法律效果与社会效果特定条件下的悖反，以及民间公正观念与法律公正理念之间的冲突，该案对于法官的智识与法院的工作提出了极大的挑战。本案是遵循“同案同判”的司法审判规则，还是立足“个案公正”，在研究处理过程中存在分歧意见。多数观点主张司法裁决过程中必须坚持“同案同判”，理由是：“同案同判”不仅要求在法律适用上坚持同类案件同样处理，同时也要求在价值判断上坚持同类案件同样处理。本案中，同楼盘的小区业主个案有一审、二审、再审判决，均判令业主支付物业管理费用及滞纳金，因此，就本案的实体处理而言，同一时间段、同一类

型案件的裁决依据、裁决结论，须保持基本平衡与协调，即法官应保持司法裁决的横向平衡性，同时还要坚持司法裁决的纵向延续性，即在同样案件事实情况下，对于同类案件的裁决依据以及裁决结论之间，应保持内在的连贯性和延续性，减少各级法院作出自相矛盾的裁判。少数观点主张本案不属于“同案”，理由是：由于不同业主在诉讼中的抗辩主张和举证情况不同，完全有可能导致同一小区不同业主诉讼结果不同的情形，这是民事诉讼的正常规律。例如物业公司起诉甲、乙两业主，甲业主拒绝应诉，不做任何答辩，事实上确实存在接受物业服务又有意拖欠费用的行为，当然应当判决其交纳应付的物业管理费；乙业主积极应诉，充分举证抗辩经调查核实后，乙业主的物业管理费、滞纳金可以依法作出处理。本案亦即此种情形，小区没有成立业主委员会、科泉公司提高收费标准的行为，尽管大部分业主认可并实际交费，但仍有部分业主不认可而不交费，可见物业管理费的拖欠是因双方对于物业管理费用的收费标准存在分歧意见所致。因此，在双方矛盾难以调和的情况下，业主拒绝交费具有一定理由，本案的处理实际上采纳了后一种观点。

三、前期物业管理立法滞后与司法实践中存在的问题

1. 前期物业管理中主体地位不平等

根据《物业管理条例》之规定，前期合同是在业主、业主大会选聘物业服务企业之前，建设单位为小区选聘物业服务企业的合同。从这一规定可以看出，前期物业服务合同有两个显著特征：一是签订主体是开发建设物业的建设单位（即开发商）与物业服务企业；二是合同签订在业主、业主大会选聘物业服务企业之前。表面上看，在前期物业中建设单位和物业公司签订的合同以及前期物业企业和业主签订的合同都是在平等、自愿的基础上签订的，是双方自愿选择的结果。但实际上建设单位始终处于绝对的主导地位，无论是对物业企业，还是对业主都具有优先决定权，因为负责管理的物业公司是建设单位选定的，管理费收费标准及合同条款设立是建设单位与物业公司商定的，业主在购置物业的时候没有选择物业公司的权利，其合同版本是购房业主签订购房合同时同时签订，没有更多修改的机会。根据私法原理，民法所调整法律关系的前提是法律主体地位平等。如果单纯从民法的角度看，业主、开发商和物业管理者的地位在形式上是平等的，业主有决定是否购买房屋的选择权。但是，在购买房屋这种大宗商品的过程中，业主在信息上以及购买决策上的能力要弱于开发商。业主为了能在合适的价位和位置购买到房屋，往往会不

太在意或被迫接受不合理的物业管理条款。类似此种问题的解决，在其他经济领域，往往依赖经济部门的法律法规进行调整，由公权力出面解决实质上的不公平。然而我国目前对前期物业管理的法律法规相当匮乏，尤其是大型楼盘分期开发的小区，因业主委员会的成立条件限制，项目开发、销售完成时间的不确定性，在无强制性时间限制的情况下，前期物业将会无限期的延续下去，导致物业管理费的收费标准及调整，基本上是物业公司和开发商掌控，个体业主更多的是"被通知交费"履行交费义务。在开发商与物业管理者归属同一个企业或者是紧密利益联系体的情况下，业主利益更难以保障。引发本案纠纷的根源正是因前期物业合同是由科泉公司和建设单位签订，业主在入住时与物业公司签订《住户入住合约》及合约附件，收费项目与标准均已确定，实际上没有更多协商的机会，对于合同中的物业管理费用的收费标准从0.8元调整至1.2元，尽管是从2005年入住到2007年调整，至2010年诉讼，时间已有5年，物价也在上涨，但因业主无从进行协商而是被动交费者，因此，本案的业主对于收费标准提出的合理抗辩是可以理解的。可见，权利义务的设置与知晓，至关重要。

2. 前期物业管理时间和"质价比"缺少具体规定

在前期物业管理中，前期物业合同的存在时间直接影响向正规物业管理的过渡，而"质价比"则又直接影响到了前期物业管理存在时间。我国目前的前期物业管理，尚没有足够的法律进行规范。要解决在前期物业管理中存在的主要问题，首先，须从立法层面进行法律规范。《物业管理条例》第二十一条规定，"在业主、业主大会选聘物业管理企业之前，建设单位选聘物业管理企业的，应当签订书面的前期物业服务合同。"第二十五条规定，"建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包括前期物业服务合同约定的内容。"据此，前期物业服务合同，是由物业管理企业和开发商签订，非业主与物业管理企业签订，但业主所购房屋的物业管理，却受建设单位与其选聘的前期物业管理企业所签《前期物业服务合同》的制约，直到业主大会、业委会自行选聘新的物业管理企业。在这段时间内，前期物业管理合同期满，可能仍然会续签，也可能会另行选聘物业管理企业，物业管理费的缴纳标准，也可能会因为物业管理企业的不同、服务项目的改变而有所不同，但接受物业服务的业主，仍然是缴纳物业服务费用的主体，但因不是物业服务合同的签约主体，而没有机会参与协商和决策。从法理的角度来说，真正的物业管理法律权利义

务存在于业主与物业公司之间，由于开发商与其选定的前期物业管理公司在前期物业管理中处于主导和有利地位，在业委会成立、业主大会召开均比较困难的情况下，应当通过立法充分保障业主的知情权和参与决策权。为此，建议以后立法时，应增设业主有权参与协商及进行修改前期物业管理合同的相关规定。

其次，应当明确规定前期物业管理的存在时间并限定前期物业费的调整权限。在当前没有法律明确规定的局势下，涉及物业管理费的缴纳标准及调整，应遵从前期物业管理合同、业主入住时制定的《业主临时公约》或者《入住合约》及其物业公司服务项目及收费标准中相关内容的约定。如合同期满仍未成立业主委员会或召开业主大会由业主选聘物业公司，而是继续由开发商自行选聘物业公司管理，由于业主不是开发商与物业管理企业签订《物业管理合同》的签约主体，只是负责向物业公司交费的实际履行义务主体，而开发商与物业管理企业重新签订的《物业管理合同》，如果变更了（主要是提价）业主购房时所签订的上述文件约定的交费标准，势必产生新的纷争，自然无益于业主正常生活秩序的维系。如果需要重新确定相关物业管理费的收费标准，应当更多地结合物业所在小区的实际状况及物业管理企业的资质及服务水准确定，并让广大业主拥有广泛的知情权，物价管理部门及物业管理行政主管部门应充分发挥监督、指导、协调作用，使业主及物业管理企业的利益均能得到充分保护。

编写人：广东省广州市中级人民法院　黄海珠　张怡

50

境外游中旅游经营者的安全保护义务

——吴宪诉厦门旅游集团国际旅行社有限公司旅游合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院（2012）思民初字第105号民事判决书

2. 案由：旅游合同纠纷

3. 当事人

原告：吴宪

被告：厦门旅游集团国际旅行社有限公司（以下简称国际旅行社）

【基本案情】

原告吴宪退休后受聘于厦门湖里星光金属制品工业有限公司（以下简称星光公司）工作。2011年4月8日，原告吴宪作为星光公司的代表与被告国际旅行社签订泰国旅游合同，原告及其妻子均系该约定的游客。泰国旅游行程为2011年4月19日16时10分从厦门出发，4月23日5时返厦。其中，旅游行程包含2011年4月22日的旅游项目“越野摩托车ATV”、“猴子学校”、“割橡胶”、“骑乘大象”。之后，被告国际旅行社收取了旅游费。2011年4月15日，被告国际旅行社向星光公司组织的该合同下的旅游者发出书面《行前说明会》，上记载“告诫客人在旅游期间要注意人身安全；水上娱乐项目、能游泳的海边或泳池及自由活动期间，应详细了解所有项目的提醒标志，要量力而行，视自身情况而定，选择适合自己的项目游玩，服从安全人员的指挥，以防万一”。《行前说明会》还包含“爱恋普吉5日游”行程安排及“出国境旅游的几个提醒及注意事项”、“中国公民出国（境）旅游安全提醒”，其中，“越野摩托车ATV”旅游项目描述为“让您亲身体验畅游老外喜欢刺激之乐趣”，“中国公民出国（境）旅游安全提醒”第三条为“在游览景点及自由活动期间，要量力而行，视自身身体情况而定，选择适合自己的项目游玩，服从安全人员的指挥，以防万一”。“出国境旅游的几个提醒及注意事项”、“中国公民出国（境）旅游安全提醒”均载有“特别补充事项”、“重申强调”条款。《行前说明会》书面文件载有“已详阅并熟知以上内容”的游客签字，其中包括原告吴宪及妻子的亲笔签名。之后，原告吴宪根据旅游行程安排跟随被告国际旅行社的旅游团队出发前往泰国旅游。2011年4月22日下午，原告吴宪根据旅游行程安排参加了“越野摩托车ATV”项目，并在该旅游项目中受伤。因原告吴宪受伤，原告吴宪及妻子均未参加“猴子学校”、“割橡胶”、“骑乘大象”旅游项目。2011年4月23日，原告吴宪随团返回厦门并前往厦门大学附属中山医院骨伤科检查就诊接受住院手术治疗并于2011年6月15日出院。2011年8月4日，在被告国际旅行社

的协助下，原告吴宪向其投保“国寿旅游意外伤害保险”之中国人寿保险股份有限公司厦门市分公司提交了包括其胸十椎体压缩骨折治疗所发生的医疗费用在内的索赔材料进行索赔，取得保险理赔款21630.06元（治疗费）。另，被告国际旅行社于2010年12月30日向第三人太平财产保险有限公司厦门分公司（以下简称太平保险）投保旅行社责任险。讼争保险事故发生后，被告国际旅行社已向第三人太平保险索赔，第三人太平保险已向被告国际旅行社赔付保险金9667.2元。另查，原告吴宪受伤后，中山医院于2011年4月23日出具《诊断证明书》，建议休息治疗一个半月，定期门诊复诊，加强营养、需一人照顾（护理）；同年6月15日，中山医院又出具《诊断证明书》，建议继续相关治疗及功能练习，避免负重负伤，休息一个月，定期复查。2011年9月4日，原告吴宪支付2011年4月23日至6月15日期间的家政护理服务费共计4320元。另，泰国旅游合同未对旅游行程所包含的旅游项目的具体费用报价作出明确约定。

【案件焦点】

被告国际旅行社对于游客在具体旅游项目中受伤是否应承担责任。

【法院裁判要旨】

厦门市思明区人民法院认为：泰国旅游合同虽系原告吴宪所在单位与被告国际旅行社签订，但合同在国外部分的实际履行者为被告国际旅行社和每个旅游者，即该合同实际系当事人约定由债务人向第三人履行债务的合同。原告有权基于该合同向被告主张合同权利。

被告国际旅行社违反了旅游合同的约定。首先，作为具备经营境外旅游活动资格的法人单位，被告国际旅行社在订立旅游合同前，并未就境外旅游项目的设置对原告吴宪所在单位或每个旅游者进行特别的风险告知，而作为合同相对方的原告吴宪所在单位及对应的旅游者，并不熟悉境外旅游项目的风险情况；其次，在旅游者参加旅游活动过程中，被告国际旅行社的随团导游也未针对合同确定的“越野摩托车ATV”旅游项目可能存在的风险，向旅游者进行特别告知，虽然被告国际旅行社在《行前说明会》等进行书面提醒，但在前往合同约定的旅游项目前，被告国际旅行社未要求旅游者作出“视自身情况而定”的项目选择；再次，被告国际旅行社虽随团派遣导游，但在旅游者参加“越野摩托车ATV”旅游项目游玩时，导游并未

陪同参与旅游项目的开展，在旅游者不具备语言沟通能力的情况下，直接影响旅游者通过旅游项目安全人员的介绍进一步了解“越野摩托车 ATV”旅游项目可能存在的风险从而得以作出正确的判断。被告国际旅行社的行为不仅构成违约，且未尽到安全保障义务。因此，原告吴宪在完成“越野摩托车 ATV”旅游项目过程中受伤，应由被告国际旅行社承担责任。原告吴宪受伤后依据合同请求合同相对方承担违约责任符合法律规定。其合理损失应当由被告国际旅行社进行赔偿。故判决：

一、被告厦门旅游集团国际旅行社有限公司应于判决生效之日起十日内赔偿原告吴宪医疗费 9282.01 元、护理费 4320 元、住院伙食补助费 180 元、营养费 540 元、交通费 60 元、未完成旅游项目损失 600 元，共计 14982.01 元。

二、驳回原告吴宪的其他诉讼请求。

【法官后语】

境外旅游已经成为当前国民假日休闲的重要选择。随着境外游的升温，旅游者与旅游经营者、旅游辅助服务者之间的权利义务关系亟需规范。

1. 集体旅游合同中旅游者个人的权利

在旅游活动中，常常出现以单位名义与旅行社订立旅游合同，由旅游者个人接受旅游经营者服务的集体旅游合同，本案即属该种情形。在集体旅游的过程中，旅游者个人作为旅游合同受益的第三人，除侵权请求权外，还可基于旅游合同向旅游经营者主张违约责任。此类合同属于《合同法》第六十四条所指的向第三人履行的合同，合同上请求权在举证责任以及注意义务的确立上均较侵权请求权更能保障作为旅游者的消费者权益，赋予集体旅游合同中个人旅游者以直接请求权，能最大限度保护旅游消费者的合法权益。

2. 境外游中旅游经营者义务的确定

作为旅游经营者，根据旅游合同的性质、目的和行业习惯，负有避免游客人身、财产受到侵害的保护义务。基于合同当事人之间的密切关系，作为专业从事旅游营利活动的旅游经营者较之一般的旅游者对特定项目情况具有更高的认知能力，且其防范危险发生的成本亦较普通旅游者更低，旅游经营者应当对旅游者的活动负有比社会一般人更高的注意义务。本案为境外旅游合同，旅游经营者义务的确定，应根据收费标准、旅游环境以及防范措施的成本综合考虑。本案旅游费用较高，旅

游者对于旅游环境相对陌生，导游对于旅游项目的情况、注意事项熟悉程度必然高于游客，尤其在境外旅游中，旅游者存在的语言沟通障碍较之境内旅游更甚，故旅行社的安全保障义务应高于境内旅游。旅行社没有针对具有特定危险的旅游项目对游客予以正确充分的告知或者积极的指导，因旅行社疏于履行告知义务，导致游客因不能充分了解游玩项目情况而受伤，系对安全义务的违反，依法应当承担违约责任，就原告所受损失予以赔偿。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　戴卫真　刘远萍

八、招标投标合同

51

中标无效是否应承担缔约过失责任

——厦门辉煌装修工程有限公司诉南靖县医院招标投标案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省漳州市南靖县人民法院（2012）靖民初字第792号民事判决书

2. 案由：招标投标纠纷

3. 当事人

原告：厦门辉煌装修工程有限公司（以下简称辉煌公司）

被告：南靖县医院

【基本案情】

被告南靖县医院迁建一期工程二次装修工程经南靖县发展和改革局核准，委托招标代理单位即第三人福州广通工程咨询有限公司（以下简称广通公司）进行公开招标。招标公告载明：本招标项目要求投标人具备省级建设行政主管部门颁发的建筑装修装饰工程专业承包二级及以上资质、机电安装工程专业承包二级及以上资质和空气净化工程专业承包二级及以上资质的施工企业且具有《施工企业安全生产许可证》；审查办法采用资格后审，主要资格审查标准和内容详见招标文件的规定；评标办法采用合理造价区间随机抽取中标人办法等内容。另外，在招标文件中特别约定投标人提出问题的截止时间（答疑期间）为2012年1月12日上午12时。

2012年1月18日，该涉案工程进行公开招标，原告取得第一中标候选人资格。同日，被告及第三人联合向原告发出中标通知书。南靖县发展和改革局、南靖县建设局在接到投诉后于2012年2月21日联合向被告南靖县医院发出《关于建议取消南靖县医院迁建一期工程二次装修工程第一中标候选人资格的函》，认为原告的空气净化工程施工资质不符合招标文件的要求，建议取消原告的第一中标候选人资格，确定原第二中标候选人江苏鑫洋装饰工程有限公司为第一中标候选人，并依法重新公示。同日，南靖县发展和改革局、南靖县建设局联合向南靖县行政服务中心发出《关于南靖县医院迁建一期工程二次装修工程重新抽取专家的函》。2012年2月23日，被告南靖县医院向第三人发出《关于重新确定第二中标候选人江苏鑫洋装饰工程有限公司南靖县医院迁建一期工程二次装修工程为第一中标候选人的函》，提出原告的空气净化工程施工资质不符合招标文件的要求，根据招标文件评标办法和标准，应作废标处理。2012年2月24日，第三人在网上对该涉案工程的中标结果进行重新公示。该涉案工程于2012年6月5日竣工，于2012年7月4日验收合格。而南靖县医院也于2012年7月16日正式投入使用。

【案件焦点】

招标文件中对资质的要求是否违反法律的禁止性规定，被告发出中标通知书后才审查原告资格是否违反法定程序。

【法院裁判要旨】

福建省南靖县人民法院认为：被告南靖县医院作为招标人委托招标代理单位即第三人广通公司对其二次装修工程进行公开招标并公告，并规定了答疑期间，原告在取得招标文件后未在答疑期间提出异议，现原告以招标文件中规定投标人应具备的资质存在限制和排斥潜在投标人的情况，违反法律的禁止性规定的理由，与事实不符，依法不予采纳。根据国务院颁布的《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二十条的规定，招标人采用资格后审办法对投标人进行资格审查的，应当在开标后由评标委员会按照招标文件规定的标准和方法对投标人的资格进行审查。本案中，原告提交的空气净化工程专业承包二级资质系厦门市制冷空调协会颁发，与招标文件中规定的资质不符，而评标委员会在评标后还确定原告作为涉案工程的第一中标候选人，违反了法律法规的规定。而作为招标投标的指导和协调部门的南靖县

发展与改革局在接到投诉后，经重新审查后，及时向招标人南靖县医院及南靖县行政服务中心发函要求重新确定中标候选人，上述行为并无不当。因本案的涉案工程已全部竣工并验收合格，且已投入使用，现原告要求被告按照招标文件与原告订立书面合同，事实上已经不可能，亦无必要。

福建省南靖县人民法院依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：驳回原告厦门辉煌装修工程有限公司的诉讼请求。

一审宣判后，双方当事人均未上诉，一审判决已经发生法律效力。

【法官后语】

我国《招标投标法》鼓励市场主体通过招投标方式订立大宗交易合同。但在司法实践中，经常出现一些新问题，如在什么情况下才属法律意义上的“中标”，以及中标无效是否应承担缔约过失责任。法官应当充分运用有关法律法规的规定来认定案件事实，公平合理地处理这一新类型案件。

招标投标方式属一种特殊的签订合同方式，招投标活动过程即是原、被告之间签订合同的过程。法律意义上的“中标”标志着合同成立，即招标人给中标人核发中标通知书才是合同成立的标志。根据国务院颁布的《招标投标法实施条例》的规定，招标人采用资格后审办法对投标人进行资格审查的，应当在开标后由评标委员会按照招标文件规定的标准和方法对投标人的资格进行审查，对不符合国家或者招标文件规定的资格条件的投标人应当否决其投标。本案中，原告其提交的资质与招标文件中规定的投标人应具备的资质不符，而评标委员会在评标后还确定原告作为涉案工程的第一中标候选人，违反了法律法规的规定。而作为招标投标的指导和协调部门的南靖县发展与改革局在接到投诉后，经重新审查后，及时向招标人南靖县医院及南靖县行政服务中心发函要求重新确定中标候选人，上述行为并无不当。

合同尚未成立是适用缔约过失责任的前提条件。本案被告未违反先合同义务，相反，原告应该具备投标资格条件，则应视为原告的先合同义务。原告因不具备投标资格条件，而评标委员会在评标后还确定原告作为涉案工程的第一中标候选人，违反了法律法规的规定，才导致被告向原告发出中标通知书。由于被告没有违反先合同义务，且主观上也没有过失或过错，被告不构成缔约过失责任。

编写人：福建省漳州市南靖县人民法院　沈国阳

九、房屋拆迁安置补偿合同

52

对"有照无房"的宅基约定补偿是否有效

——董兆林诉尚志市房地产开发公司房屋拆迁安置补偿合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2012）哈民二终字第843号民事判决书

2. 案由：房屋拆迁安置补偿合同纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告）：董兆林

被告（反诉原告）：尚志市房地产开发公司

【基本案情】

原告董兆林在尚志市尚志镇北环路北侧一曼中学南侧原有住宅110平方米，50平方米地基；另有一临街25平方米门市房在1999年政府扩道时被部分占用，房屋已被拆除，但房照仍然保留（即拆迁安置补偿合同中"有照无房"的宅基部分）。

2010年10月19日，被告对原告居住区域房屋进行拆迁。拆迁工作人员孙国良、张曼丽自2010年10月起，多次与原告的母亲石桂琴、姐姐董月娥、同学周占芳协商拆迁补偿事宜。被告员工在对原告的全部房屋及附属设施进行核实的基础上，经过近四个月的反复协商，最终于2011年1月27日签订了协议。双方约定：将原告有房照的70平方米房屋、无房照的40平方米房屋、50平方米地基及有照无

房的25平方米宅基置换105.89平方米与82.13平方米房屋各一套。被告初步定于2012年12月30日前交付房屋；原告应在2011年3月1日前迁出，将房屋移交给被告，无正当理由拖延搬迁时间，每拖延一天由违约方向对方支付3‰违约金。

协议签订后，原告于2011年3月1日前将房屋交付被告，被告开发的一曼新区于2011年11月竣工，同年12月21日验收，并于2012年1月份入住。一曼新区入住后，原告到被告处领取钥匙，被告以原告未告知25平方米房屋（有照无房）政府曾给付补偿款为由，要求原告交纳70000元房款后才能交付房屋，双方为此产生争议。被告一直未向原告交付房屋，原告向法院提起诉讼，要求被告履行原协议，并给付违约金；被告提起反诉，要求撤销对“有照无房”宅基的补偿安置协议。

【案件焦点】

《拆迁补偿安置协议》中对“有照无房”的宅基约定补偿是否有效。

【法院裁判要旨】

黑龙江省尚志市人民法院认为：原、被告争议的《拆迁补偿安置协议》是双方经过四个月的协商过程，在拆迁工作人员多次与原告家属进行沟通、了解了原告房屋及宅基地内附着物情况的基础上签订的。该协议是由拆迁方提供的格式合同，虽是两页，但主体一致，内容前后连续完整，并且是同一时间签订的。1999年尚志镇政府扩建北环路占用临街房屋是众所周知的事实，在被告拆迁范围内并非只有原告一户。有证人证实在拆迁磋商过程中，被告对1999年政府扩道将房屋拆除的情况已经了解，同时在双方签订的协议中，对“25平方米（有照无房）”也有明确记载。因此，对被告提出原告存在虚构事实、蒙骗被告的主张证据不足，无事实依据，不予支持。《拆迁补偿安置协议》是双方在平等互利的基础上反复协商签订的，是双方的真实意思表示，且不违反法律和法规的强制性规定，依法成立并生效，具有法律约束力。原告要求被告立即交付房屋并承担违约金的请求符合法律规定，且原告要求违约金按日万分之五计算不违反法律规定，其诉讼请求应予支持。被告要求撤销对25平方米“有照无房”宅基的安置补偿的反诉请求，不予支持。

黑龙江省尚志市人民法院依据《中华人民共和国民法通则》第五十五条、五十七条、第一百一十一条，《中华人民共和国合同法》第五十五条（一）项、第六十

条、第一百零七条，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第七十三条第二款，判决：

一、原告（反诉被告）董兆林与被告（反诉原告）尚志市房地产开发公司签订的《拆迁补偿安置协议》合法有效，双方应继续履行。被告（反诉原告）尚志市房地产开发公司于本判决生效之日起五日内将尚志市一曼新区2号楼2单元5层东门82.13平方米和3号楼3单元8层东门105.89平方米两套房屋交付原告董兆林。

二、被告（反诉原告）尚志市房地产开发公司向原告（反诉被告）董兆林支付自2012年1月1日起至2012年5月17日违约金35277.50元，嗣后违约金计算至实际交付房屋时止，于本判决生效之日起五日内给付。

三、驳回被告（反诉原告）尚志市房地产开发公司的反诉请求。

被告认为原告在房屋动迁时，虚假陈述事实，欺诈被告与其签订了25平方米房屋置换协议，该合同应为无效，故提起上诉。黑龙江省哈尔滨市中级人民法院经审理认为：被告在房屋拆迁时，原告的25平方米房屋已不存在，被告对原告房屋现状是明知的，并在协议中注明“有照无房”，其为顺利拆迁，自愿在该房屋已不实际存在的情况下与原告签订了协议，该协议不违反法律、法规强制性规定，应为有效。至于尚志市人民政府在扩道时占用房屋给予补偿，与原、被告自愿达成拆迁补偿安置协议没有必然的法律关系。被告要求认定对“有照无房”宅基的补偿协议无效的上诉主张无法律及事实依据，不予支持。

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案审理的重点在于对“有照无房”的补偿安置协议是否有效。被告提出原告以欺诈方式签订了协议，应予撤销，但是，被告并未提出证据予以证实，况且，1999年政府扩道占用宅基予以补偿是公开的事实。虽然有照无房，但是仍属原告宅基范围，原告仍有土地使用权，被告明知无房的情况下同意予以补偿，双方才签订了协议。说明当时双方均达到了各自的目的，才有了书面协议。维护该协议的效力不仅符合法律规定，而且有利于维护稳定的社会管理秩序。假设支持了被告的反

诉请求，那么将会产生协议被撤销或认定无效，结果是双方当事人应当返还取得的财产。原告因该协议应取得的是房屋（被告并未交付）；而被告取得的是25平方米的土地使用权（已经开发建成楼房）。从现实考虑，被告已经不能返还原告的土地使用权；从经济上考虑，被告已整体建成了小区楼房，并已销售，取得了实际的经济效益；从社会效果去考虑，如果开发商与拆迁户签订的补偿案件协议可以轻易被撤销或被认定无效的话，势必不利于确立开发商的诚信形象，对此产生的不良后果也可想而知。撤销安置协议对原告来说是不公平的，对被告来说是不可能的。

编写人：黑龙江省尚志市人民法院　刘长凤

十、承包合同

53

水电站承包中的标的物交付

——永安市灌区水利管理站诉黄承木承包合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省永安市人民法院（2012）永民初字第1034号民事判决书

2. 案由：承包合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：永安市灌区水利管理站

被告（上诉人）：黄承木

【基本案情】

原、被告于2010年1月19日签订《上曹水库经营承包管理合同》，约定原告将永安市上曹水库发包给被告经营管理、养殖，合同期为2010年1月1日至2012年12月31日止，承包费用为168000元/年，按年交纳，乙方须在每年1月30日前一次性交清，如有违约，违约方应向对方支付违约金30000元。该合同生效后，原告依照约定交付上曹水库给被告经营管理和养殖水产，被告也交付了2010年度的承包费用。

自2011年1月1日开始，被告拒不交付承包费，原告为此多次派员向被告催付2011年度的承包金，未果。故请求法院依法判令解除原、被告签订的合同，要

求被告支付承包金210000元、违约金30000元，合计240000元，并继续支付承包金至判决之日止，承担本案诉讼费。

被告黄承木辩称：其承包的上曹水库标的范围应按照原告发布的《投标说明书》中的说明进行确定，但原告未将上曹水库区域四至划清，并将承包标的物移交给被告，严重影响被告人对水库的综合利用。被告多次要求原告划清上曹水库区域四至，但原告拒不履行义务。根据同时履行抗辩权的规定，被告未违约，并有权拒绝支付后期的承包费，请求驳回原告的诉讼请求。

【案件焦点】

原告是否已按合同约定将上曹水库交付给被告经营养殖。

【法院裁判要旨】

福建省永安市人民法院认为：原告永安市灌区水利管理站系事业单位，根据其《事业单位法人证书》中的业务范围表明其有管理上曹水库的职责，因此其作为发包方主体合格。原、被告签订的《上曹水库经营承包合同》主体合法，意思表示真实，为有效合同。原告依约已将上曹水库交付被告经营管理和养殖水产，被告黄承木已交纳一年承包费，双方已在实际履行合同。但被告黄承木未按合同约定期限交纳下年度承包费，经原告催收仍拒不交纳，已构成违约，依法应承担相应的民事责任。故对原告的诉讼请求，予以支持。被告辩称原告应划清上曹水库四至，清理水库区域他人的树木、建筑物等，并把上曹水库移交给被告承包管理使用的理由，由于承包合同约定的标的物并不包含他人的树木、电线杆、养猪场所在的土地，再者被告的承包权限为可以在水库范围内发展养殖，而被告自2010年1月1日起至今一直在该水库进行管理和水产养殖，视为原告已将上曹水库实际交付被告经营管理，故被告的辩解理由不能成立，不予支持。

福建省永安市人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第八十四条、第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十三条、第九十四条、第一百零七条，判决：

一、解除原告永安市灌区水利管理站与被告黄承木签订的《上曹水库经营承包合同》。

二、被告黄承木应支付原告永安市灌区水利管理站承包费224000元（按

168000元/年计算，从2011年1月1日起计算至2012年4月30日止）、违约金30000元，合计254000元，该款被告黄承木应于判决生效后十日内付清。

案件受理费5110元，由被告黄承木负担。

被告黄承木不服一审判决，提起上诉。福建省三明市中级人民法院认为：2010年1月19日，上诉人经竞标取得承包上曹水库的经营权，并与被上诉人签订《上曹水库经营承包管理合同》。该合同签订后，上诉人支付了2010年度的承包费用并开始在上曹水库进行水产养殖经营至今。上述事实清楚，可以认定。根据双方签订承包合同的约定，双方对承包水库的经营范围并没有涉及上诉人主张的承包应包含水库四至的土地及其他标的物，仅对上诉人“可以在水库范围内发展养殖”进行了约定，且上诉人已实际在水库水域从事养殖。上诉人主张被上诉人未将承包合同约定的承包标的物含括的范围交付上诉人，但并未提供充分证据加以印证，同时亦未提供证据证明其“发展养殖”的承包权利受到阻却无法实现，故其相关主张缺乏合同依据及事实根据，不予支持。因上诉人未按合同约定缴纳应支付的承包费用，被上诉人为此主张上诉人违约，并应按合同约定支付违约金并无不当，原审对此判决正确，上诉人的上诉理由不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条，判决：驳回黄承木的上诉，维持原判。

上诉案件受理费5110元，由上诉人黄承木负担。

【法官后语】

本案中，承包标的范围应按《上曹水库经营承包管理合同》中的约定确定，而不应按《投标说明书》中的说明确定。在双方签订的《上曹水库经营承包管理合同》中，并未约定被告黄承木经营范围包含水库四至的土地及其他标的物，仅对被告黄承木“可以在水库范围内发展养殖”进行了约定，且被告黄承木已实际在水库水域从事养殖，应视为原告已经按合同约定交付了标的物给被告经营使用。在审理本案过程中，法院曾向永安市水利局调取本案所涉标的物上曹水库的红线图，被告知全市乃至全省水库都没有红线图存档。因此，承包经营合同中应按《投标说明书》对承包标的物的描述，明确约定承包标的物的范围，否则无法充分保障承包人的利益。

《合同法》第六十六条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当

同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”由此可知行使同时履行抗辩权有四个法律要件：1. 须双方因同一合同互负对价债务；2. 须行使抗辩权的一方没有先给付义务；3. 须双方债务已届清偿；4. 须对方当事人未为给付或提出给付。本案中，由于前述理由，原告已经将承包标的物交付给被告，被告因此不具有行使同时履行抗辩权的条件。

本案特殊性在于被告黄承木承包经营上曹水库的用途是发展渔业养殖，合同承包期限是3年，现依法判决立即解除《上曹水库经营承包管理合同》会使被告遭受巨大损失，且本案实际执行必将遭遇阻力。建议凡此类承包经营合同纠纷，应在判决的履行期方面给予承包人必要时间，用以消除或减少损失，同时按合同约定的承包费用计算延长期间的承包费用。

编写人：福建省永安市人民法院　余静

十一、供用电、水、气、热力合同

54

供暖费案件的诉讼时效认定不宜过苛

——北京开兴业物业管理有限责任公司诉刘纯义供用热力合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市东城区人民法院（2012）东民初字第12603号民事判决书

2. 案由：供用热力合同纠纷

3. 当事人

原告：北京开兴业物业管理有限责任公司

被告：刘纯义

【基本案情】

2002年4月4日，原告与被告签订了《供暖协议书》，约定由原告向被告居住的北京市东城区忠实里东区10号楼1705号房屋提供供暖服务，该供暖协议书上记载的房屋面积为79.06平方米。2006年7月被告之妻刘银霄取得了该房屋的房屋产权证书，登记的房屋建筑面积为76.46平方米。庭审中，原告认可被告只拖欠2004至2006年度的供暖费。被告认为涉案房屋的供暖费一直由刘银霄的工作单位中盐北京市盐业公司缴纳，2002至2004年度的供暖费、2006至2012年度的供暖费均已由北京市盐业公司代刘银霄缴纳完毕，并提交了2006－2007年度、2007－2008年度的供暖费发票，显示付款单位为中盐北京市盐业公司。原告主张2005年曾向被

告发出过催缴通知单，之后也通过电话和当面向被告主张供暖费，被告对此不予认可。庭审中原告提交了一份供暖费催缴通知单，称原告曾于2005年时向被告发出过供暖费催缴通知单。该通知单所书写的房屋面积、欠缴年限、欠费金额与其在本案诉讼中提交供暖费欠费明细表不一致，催缴通知单背面也有“2010年”字样，被告对此不予认可。经询问被告，被告认可自己一直在涉案房屋中居住。

原告认为被告与原告就涉案房屋签订了供暖协议，并在该房屋中居住，应向其交纳2004－2005年度、2005－2006年度的供暖费。被告辩称：房屋的产权人是被告妻子刘银霄，该房屋的供暖费也一直是刘银霄的单位中盐北京市盐业公司缴纳。原告一直没有向被告本人主张过权利，已经超过了诉讼时效。涉案的两年供暖费原告没有收取是原告自身管理混乱，与被告无关。故不同意原告的诉讼请求。

【案件焦点】

供暖单位向被告主张2004－2006年供暖费是否超过了诉讼时效。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院认为：本案中被告刘纯义与原告签订了《供暖协议书》，且一直在涉案房屋中居住，被告之妻刘银霄是在2006年7月取得的房屋产权证书，故原告依据《供暖协议书》向被告刘纯义主张2004年11月15日至2006年3月15日的供暖费并无不妥。原告认可涉案房屋只拖欠2004年－2006年度的供暖费，但未能提交曾向被告主张2004年11月15日至2006年3月15日的供暖费的有效证据，原告存在明显怠于行使权利的情况。被告对原告的诉讼请求提出超过诉讼时效的抗辩事由，予以采纳。依据《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条、《中华人民共和国合同法》第一百八十二条、第一百八十四条，判决：驳回原告北京开兴业物业管理有限责任公司的诉讼请求。

【法官后语】

与一般单位、企业相比，供热单位属社会公用企业，履行供热义务不仅是基于合同的约定，更是基于有关行政规章和国家政策的规定；与一般的民事合同相比，供热合同具有公共服务性、行政强制性和强制继续履行等特点。即使在采暖方欠费时，供热单位也难以行使一般民事合同的履行抗辩权，停止向特定采暖方供热。由

此与一般合同关系相比，供热合同中供热方与采暖方的权利存在一定程度上的失衡，由于人口流动性的增大、实际采暖单位与个人众多、居住情况经常变动等情况，供热单位在主张权利方面处于不利地位，因此在司法实践中经常存在供暖单位向采暖人主张已拖欠多年供暖费的案件。

由于供暖案件的特殊性，在处理类似案件时，北京市高院曾经在充分调研的基础上，提出过“一般应遵守《民法通则》关于诉讼时效的规定。但在适用诉讼时效时不宜过苛，除供热单位明显怠于行使权利的，应认定供热单位在持续主张权利”的指导性意见。采暖单位与个人拖欠供暖费，势必对供热这一社会公用事业造成不利影响，进而损害社会利益，因此在供暖费追索案件中，诉讼时效问题不宜过苛。但是对于供暖单位明显怠于行使权利的，应当依法适用诉讼时效的规定。

本案中，原告主张2004－2006年度的供暖费距起诉时间已有六年多，而且除了这两年的供暖费，该房屋之前两年和之后六年供暖费均已缴纳。故原告对于被告拖欠这两年供暖费的事实应当明知，原告已经收取被告2006年之后六年的供暖费，却未能提供在这六年期间曾向被告主张2004－2006年度的供暖费证据，属于明显怠于行使权利，法院依法适用诉讼时效的规定，是较为合理的。

编写人：北京市东城区人民法院　李双庆

55

个人所在单位未与供热单位签订供暖协议，供暖费如何承担

——通县节能技术推广站诉北京红莲羊绒衫厂、焦淑华供用热力合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第7316号民事判决书

2. 案由：供用热力合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：通县节能技术推广站

被告（上诉人）：北京红莲羊绒衫厂

被告（被上诉人）：焦淑华

【基本案情】

自1995年起，原告为被告焦淑华居住的北京市通州区某院132室（以下简称132室，面积48.047平方米）提供供暖服务。该房属于房改房，产权人系被告焦淑华之夫周静仁（已去世）。

2006年1月13日，北京雪莲毛纺服装集团公司双鹿毛线厂向原告发出通知：根据北京雪莲毛纺服装集团公司支付冬季供暖费的暂行办法，凡单位在职、内退、离休、退休职工于2005年11月15日以后，由职工个人与供暖公司签订供暖协议并支付供暖费，再由个人持房产证原件及配偶在其单位未享受供暖费的证明和供暖费发票到厂总务科审核登记后，按规定时间到厂财务科报销。经查，自2010年11月15日至2011年3月15日，132室应交供暖费用为744.73元，至今欠付。

另查，被告焦淑华为原北京第二毛线厂职工，北京第二毛线厂于2000年12月破产，2002年由北京雪莲毛纺服装集团公司双鹿毛线厂代管北京第二毛线厂的退休职工，2008年7月北京雪莲毛纺服装集团公司双鹿毛线厂改制注销了营业执照，更名为北京红莲羊绒衫厂。

再查，原告曾就收取被告焦淑华家供暖费一事起诉被告北京红莲羊绒衫厂，要求其支付供暖费，2009年11月30日，通州区法院作出（2009）通民初字第15565号民事判决书，以被告焦淑华居住的房屋系房改房，其供暖费应当由居住人所在的单位即被告北京红莲羊绒衫厂支付，判令被告北京红莲羊绒衫厂给付原告2006年11月15日至2009年3月15日的供暖费共计2234.19元。判决作出后，被告北京红莲羊绒衫厂不服提起上诉，北京市第二中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

【案件焦点】

房改房的供暖费究竟应由单位还是个人负担。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院认为：原告与被告北京红莲羊绒衫厂之间虽未签订书面供暖合同，但自1995年起，原告就为被告北京红莲羊绒衫厂的职工提供供暖服务，被告北京红莲羊绒衫厂亦接受了该服务，双方形成了事实供暖合同关系。被告焦淑华居住的房屋系房改房，其供暖费应当由被告焦淑华所在单位即本案被告北京红莲羊绒衫厂支付，故被告北京红莲羊绒衫厂应向原告支付132室的供暖费。现原告要求被告北京红莲羊绒衫厂给付供暖费的诉求合理，证据充分，予以支持。

北京市通州区人民法院依据《中华人民共和国民法通则》第五条，《中华人民共和国合同法》第一百零九条、第一百八十二条、第一百八十四条，判决：被告北京红莲羊绒衫厂给付原告通县节能技术推广站2010年11月15日至2011年3月15日的供暖费人民币744.73元，于判决生效之日起七日内执行清。

案件受理费25元，由被告北京红莲羊绒衫厂负担，于判决生效之日起七日内交纳。

节能维护站不服一审判决，提起上诉。北京市第二中级人民法院认为：节能推广站与焦淑华虽未签订书面的供暖合同，但节能推广站为焦淑华提供供暖服务，焦淑华亦实际接受了节能推广站的供暖服务，应认定双方形成事实供暖合同关系。焦淑华尚欠2010年11月15日至2011年3月15日期间的供暖费，节能推广站要求其承担给付义务，符合法律的规定，予以支持。焦淑华虽系红莲羊绒衫厂接管的退休职工，但节能推广站与红莲羊绒衫厂之间并未签订供暖合同，节能推广站为焦淑华提供供暖服务，其起诉要求红莲羊绒衫厂支付相关供暖费，于法无据，不予支持。红莲羊绒衫厂的上诉请求有事实及法律依据，应予支持。原审判决认定事实有误，依法予以改判。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项，判决：

一、撤销北京市通州区人民法院（2012）通民初字第00678号民事判决。

二、焦淑华于本判决生效之日起七日内，给付通县节能技术推广站2010年11月15日至2011年3月15日的供暖费744.73元。

三、驳回通县节能技术推广站的其他诉讼请求。

【法官后语】

在2010年之前，根据1994年颁布的《供暖规定》，“采暖用户是单位的，由单位统一向供暖单位交纳；采暖用户是个人的，由房屋承租人所在单位交纳；房屋承租人无工作单位的，由房屋承租人个人交纳。”由于当时绝大多数房屋属于公房，其住户为公房承租人，故规定了由工作单位进行交纳的原则，具有福利性质。对于商品房等特殊情况下供暖费的交纳问题，2002年北京市高级人民法院根据社会现实和司法实践也做出了指导意见。该指导意见并未确定单位负担供暖费的住房性质必须为公房。反映到诉讼中，不论房屋性质，只要个人有工作单位，供热单位就必须以其单位为被告进行诉讼，由单位负担供暖费。此外，针对房改房，北京市人民政府办公厅又于2003年作出了《供热通知》，规定采暖用户为个人的，应当由房改购房人所在单位交纳采暖费，再一次明确了房改房的供暖费应由单位交纳的原则。

2010年4月1日起施行的《采暖办法》废止了《供暖规定》。《采暖办法》第十七条规定：“用户与供热单位签订合同的，由合同约定的交费人支付采暖费。未签订合同的，由房屋所有权人或者承租政府规定租金标准公有住房的承租人按照规定支付采暖费。采暖费由用户所在单位负担的，单位应当负担。”但是，“采暖费由用户所在单位负担的，单位应当负担”规定比较模糊，导致何种情况下可以认定“采暖费由用户所在单位负担”不明。实践中，供热单位究竟以谁作为案件的被告便出现了不同的做法，有一部分案件供热单位仍旧起诉个人所在单位，招致单位不满；而在供热单位起诉个人的情况下，个人的对抗情绪更大。因为，十几年来都是由单位负担供暖费，很多退休职工已经七八十岁高龄，对国家政策的理解也存在差异，对原告和法院的对抗情绪，导致实践中审理该类案件更加棘手。

那么对于2010年度之后的供暖费，究竟应该由谁负担呢？实际上，《采暖办法》确定的原则，是按照供暖协议的约定来确定交纳供暖费的义务主体。按照该规定，诉讼中的具体情形有：（1）如果个人（房屋所有人或公房承租人，下同）没有工作单位，则由个人负担供暖费，诉讼中以该个人为被告，无论其是否与供热单位存在供暖协议；（2）如果个人有工作单位，并且供热单位和个人所在单位签订了供暖协议，约定由单位为职工负担供暖费，那么供暖费便由其单位负担，供热单位起诉时应该以该单位为被告；（3）如果个人有工作单位，但供热单位和个人签订了供暖协议，约定由个人负担供暖费，那么诉讼中应该以个人为被告。如果此时有法

律规定或者个人与单位之间约定供暖费应由单位负担的，仍由个人按照供暖协议的约定先行交纳供暖费，交费后可持发票向其所在单位申请报销，但不能以此理由拒绝交费；(4) 如果个人有工作单位，但单位和个人均未与供热单位签订供暖协议的，供热单位应该起诉个人，由个人支付供暖费，除非个人能够提供证据证明，有关法律规定了由其单位为其负担供暖费。个人负担后，如果个人与单位之间约定供暖费由个人所在单位负担的，个人交费后可持发票向其所在单位申请报销。

由此可见，除非个人所在单位与供热单位签订了供暖协议，约定由其为职工负担供暖费，或者有关法律明确规定由单位为其负担供暖费，那么2010年度之后的供暖费都应该先由个人负担。

编写人：北京市通州区人民法院　孟强

十二、承揽合同

56

定作人主张工程质量不合格举证不能，承揽人履约完毕索酬有据

——黄光辉诉南宁市山鹰机动车驾驶技术培训有限公司、徐位宏承揽合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2012）南市民二终字第396号民事判决书

2. 案由：承揽合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：黄光辉

被告（上诉人）：南宁市山鹰机动车驾驶技术培训有限公司（以下简称山鹰驾校）

被告：徐位宏

【基本案情】

2010年2月28日，山鹰驾校的法定代表人（甲方）与黄光辉（乙方）签订一份协议书，协议约定：山鹰驾校将位于南宁市大学路87号广西邮电学校内机动车训练场加铺沥青面层工程给黄光辉承包。合同签订后，黄光辉按约进行施工，另双方还口头补充协议约定：增加邮电学校场地半边桥、连续障碍道等工程。至2010

年4月21日，黄光辉施工完成广西邮电学校内机动车训练场加铺沥青面层工程并将工程交付山鹰驾校使用；2010年6月完成葫芦桥底教练场地铺设沥青路面工程。针对上述工程，山鹰驾校共支付给黄光辉工程款215000元。因双方对工程总量、工程质量有争议诉至法院。山鹰驾校认为黄光辉工程质量不合格，存在单边桥、障碍道等出现路面散裂、沥青松散等质量问题，一审时提出反诉要求黄光辉赔偿返工费58775元。

在审理中，山鹰驾校曾申请对诉争工程进行工程质量鉴定，但于2011年6月20日提出撤回鉴定申请。2011年11月18日，广西正基工程造价咨询事务所有限公司依照黄光辉的申请并经法院委托，对涉案的山鹰驾校训练场铺沥青层、碎石层工程量、工程造价进行审核，审核结论为工程总造价为307926.16元；合同工程质量按照国家及自治区的有关规范进行检测，所有质量检测项目均达到合格标准。

【案件焦点】

黄光辉主张山鹰驾校支付工程款51559.76元有无依据。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为：2010年2月28日，山鹰驾驶公司的法定代表人徐位宏与黄光辉签订的协议书，属于承揽合同，双方当事人意思表示真实，协议内容未违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效的合同。山鹰驾驶公司以黄光辉不具备道路施工的资质为由，主张双方签订的协议书无效依法无据，对山鹰驾驶公司的主张，不予采信。广西正基工程造价咨询事务所有限公司作出的正基审字（2011）第0930号审核报告书是经过黄光辉的申请、法院的委托并经法院组织该公司与双方当事人到现场实测作出工程量及造价的报告，评估机构认定该审核报告程序合法，可作为本案定案依据。山鹰驾驶公司主张审核报告超越职权范围对工程的质量作出认定，对此，审核报告虽有合同工程质量标准的陈述，但仅是作为该审核报告的工程概况的陈述，且该审核报告也只对工程的造价作出结论。因此，对山鹰驾驶公司的主张，不予采信。山鹰驾驶公司主张工程质量不合格，但在一审提出质量鉴定后，又撤回鉴定申请，至今也未提交工程存在质量问题的证据，对其主张，不予支持。山鹰驾驶公司至今共支付黄光辉工程款215000元，根据评估机构审核出的工程造价为307926.16元，山鹰驾驶公司还应支付黄光辉工程款92926.16元。

但黄光辉只主张山鹰驾驶公司支付51559.76元，是其自愿处分自己的权利，予以准许。一审法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第二百六十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条，判决：

一、被告南宁市山鹰机动车驾驶技术培训有限公司、徐位宏支付原告黄光辉工程款51559.76元。

二、驳回反诉原告南宁市山鹰机动车驾驶技术培训有限公司的诉讼请求。

被告山鹰驾校不服一审判决提起上诉。二审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项和第一百五十八条，判决维持原判。

【法官后语】

审理工程合同施工案件，首先需要区分纠纷案由是建筑施工合同纠纷还是承揽合同纠纷。建设工程合同源于承揽合同，是一种特殊的承揽合同，但又与传统承揽合同有所区别。我国现行合同法设专章对建设工程合同作出规定，但又明确未明文规定者可适用承揽合同的有关规定，如此规定导致司法实务中有时难以区分。司法实践中，在判断合同的性质时，尤其当合同的名称与合同内容不一致时，往往依据合同的实际内容来确定合同的性质。建筑施工合同无论是设计、勘察、施工都是围绕建筑本身来进行的；但工程领域的承揽合同基本为加工、装修装饰等方面，其目的主要是为了美化、美观之目的。合同目的具有独立性，合同目的不同导致合同性质的不同。本案中的加铺沥青面层工程的目的只是美化教练场地，提高使用效能，不同于传统建设工程合同。

编写人：广西壮族自治区南宁市青秀区人民法院　罗春海

57

如何认定《商品房预售合同》的性质

——深圳市康佳视讯系统工程有限公司诉北京盘古氏投资有限公司一般合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

最高人民法院（2012）民一终字第85号民事判决书

2. 案由：一般合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：深圳市康佳视讯系统工程有限公司（以下简称康佳公司）

被告（上诉人）：北京盘古氏投资有限公司（以下简称盘古氏公司）

【基本案情】

2007年12月19日，康佳公司与盘古氏公司签订《北京盘古大观室外全彩色LED显示屏设计、制造、安装合同（交钥匙项目）》（以下简称《承揽合同》）。约定：盘氏公司委托康佳公司就其位于“盘古大观”的室外全彩色LED显示屏进行设计、制作、安装，合同总价款为10335.73万元。2007年12月21日，盘古氏公司与康佳公司签订了六份《商品房预售合同》，约定：出卖人盘古氏公司，买受人康佳公司，房屋总价为10335.73万元，付款方式及期限见双方另行签订的《补充协议书》。2007年12月19日，盘古氏公司与康佳公司签订《补充协议书》，约定：康佳公司按照《承揽合同》约定完成交钥匙项目并交付盘古氏公司使用，方可视为康佳公司已履行完毕《商品房预售合同》项下的全部付款义务。《承揽合同》、《商品房预售合同》为两个独立的合同。如果盘古氏公司于2009年3月30日将《承揽合同》约定的工程款10 335.73万元汇至康佳公司则《商品房预售合同》解除，否则，康佳公司有权选择解除或继续履行《商品房预售合同》。2008年2月1日，康

佳公司开工承建“盘古大观”LED显示屏，在工程建设完成及验收后，盘古氏公司未向康佳公司支付工程款。康佳公司起诉请求法院判令盘古氏公司立即向其交付《商品房预售合同》项下的六套房产并承担违约金等。

【案件焦点】

如何认定《承揽合同》、《商品房预售合同》、《补充协议书》三者的关系，特别是《商品房预售合同》的性质。

【法院裁判要旨】

北京市高级人民法院审理认为：三份合同系双方真实意思表示，均合法有效，《承揽合同》和《商品房预售合同》通过《补充协议书》发生联系，三份合同构成一个法律关系整体。《商品房预售合同》及《补充协议书》并不具有《中华人民共和国担保法》和《中华人民共和国物权法》规定的相关担保方式的法律特征和形式，故对盘古氏公司关于《承揽合同》与《商品房预售合同》之间系主从合同关系的抗辩理由不予采信。结合《承揽合同》、《商品房预售合同》、《补充协议书》的约定，盘古氏公司的主要义务在于按照约定期限向康佳公司支付工程款，否则应当根据康佳公司的要求交付房屋并支付违约金。根据《补充协议书》约定，盘古氏公司应于2009年3月30日前向康佳公司支付《承揽合同》约定的工程款。但盘古氏公司未按照约定履行付款义务，已经构成违约，应当承担相应违约责任。北京市高级人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第一百零七条、第一百二十条，判决：

一、盘古氏公司于判决生效之日起十日内向康佳公司交付《商品房预售合同》项下的六套房产，并以盘古氏公司承担全部费用和税款的方式为康佳公司办理房产过户登记手续。

二、驳回康佳公司的其他诉讼请求。

三、驳回盘古氏公司的其他诉讼请求。

康佳公司和盘古氏公司均不服一审判决提出上诉。最高人民法院认为：一审判决认定事实基本清楚、适用法律正确，在查明盘古氏公司按照合同约定需要向康佳公司支付的违约金数额远远高于康佳公司应当向盘古氏公司支付的违约金数额的基础上，考虑到康佳公司依照合同约定取得盘古氏公司依据《商品房预售合同》交付

的房屋后，足以弥补其工程款及其利息损失，故酌情判令盘古氏公司向康佳公司交付案涉六份《商品房预售合同》项下房屋，并以盘古氏公司承担全部费用和税款的方式为康佳公司办理房产过户登记手续，并无不当。《商品房预售合同》不属于《承揽合同》的担保合同，不因违反《中华人民共和国物权法》有关流押的规定而无效。最高人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对于《承揽合同》、《商品房预售合同》、《补充协议书》三者的关系及性质问题，一、二审法院的认识是一致的，即三份合同系双方真实意思表示，均合法有效。《承揽合同》和《商品房预售合同》通过《补充协议书》发生联系，三份合同构成一个法律关系整体。康佳公司完成《承揽合同》约定的合同义务，视为履行完毕其在《商品房预售合同》中所应承担的交付购房款的全部义务。一审法院从履行《承揽合同》的角度出发，认为盘古氏公司向康佳公司交付《商品房预售合同》项下房屋为盘古氏公司的一种附条件的付款方式和义务，二审法院则从履行《商品房预售合同》的角度出发，认为《商品房预售合同》是一个附解除条件的合同。但一、二审法院均认为，《商品房预售合同》是否能够得到履行，应以盘古氏公司能否依约于2009年3月30日向康佳公司支付10335.73万元工程款为条件。也就是说，在康佳公司履行了《承揽合同》项下义务的情况下，盘古氏公司应依约于2009年3月30日向其支付工程款10335.73万元，只要盘古氏公司将该笔工程款付给康佳公司，则该《商品房预售合同》自动解除。如果盘古氏公司没有依约付款，则康佳公司对是否继续履行《商品房预售合同》享有选择权，其既可以选择继续向盘古氏公司追索工程款，也可以选择请求盘古氏公司履行六份《商品房预售合同》，依约向其交付房屋。

对于如何认定《商品房预售合同》的效力，一、二审法院均认定其合法有效。一审法院认为，双方在《补充协议书》中已经明确约定《承揽合同》与《商品房预售合同》系相互独立的两个合同，二者内容不同，且《商品房预售合同》及《补充协议书》并不具有《担保法》和《物权法》规定的相关担保方式的法律特征和形式，故对盘古氏公司关于《承揽合同》与《商品房预售合同》之间系主从合

同关系的抗辩理由不予采信。二审法院认为，法律有关禁止“流押”、“流质”的条款，其立法本意在于避免债权人乘债务人之危，要求以高价值的财产为低价值的债务提供担保，在债务人无力偿还债务时直接取得担保财产所有权，因此获取高额利益，产生不公平的结果，但本案则并不存在上述情形。理由是：第一、康佳公司在签订《商品房预售合同》和《补充协议书》时没有乘盘古氏公司之危，双方是经过充分协商的。康佳公司以垫付全部工程款的方式为盘古氏公司建造“盘古大观”室外全彩色LED显示屏，盘古氏公司因此成为康佳公司的债务人。盘古氏公司如果无力支付工程款，则完全可以通过调整工程量、品质等方式来减少工程款数额。如果盘古氏公司不愿意向康佳公司交付房屋，其完全可以依合同约定支付工程款使得该《商品房预售合同》解除。对此，康佳公司只能依约接受。所以康佳公司不存在乘盘古氏公司之危，迫使其签订以高价值财产为低价值债务提供担保的合同的情形。第二，双方签订的上述三份合同，确有通过《商品房预售合同》中康佳公司购房款支付方式的约定，为康佳公司收取《承揽合同》项下工程款担保的意愿，但《商品房预售合同》并非抵押担保合同，不具备抵押合同的法律要素。首先，担保合同以担保主债务的履行为条件，是主合同的从合同，与主合同是一个整体。主合同无效，担保合同也归于无效。但双方在《补充协议书》中明确约定，《承揽合同》与《商品房预售合同》均为独立的合同，因一个合同的履行产生纠纷，不影响另一个合同的履行，显然，二者之间并非主从关系。《商品房预售合同》并未约定在盘古氏公司未依约支付工程款的条件下，康佳公司自动取得该合同项下的六套房屋，而是约定在此种情况下，康佳公司取得了选择权，其既可以选择向盘古氏公司继续追索工程款，也可以选择要求盘古氏公司履行《商品房预售合同》。这与流押合同的特征之一，在债务人无力偿还债务时，债权人直接取得担保财产所有权是有明显区别的。

综上，一、二审法院认定《商品房预售合同》不属于《承揽合同》的担保合同，不因违反《中华人民共和国物权法》有关禁止流押的规定而无效。盘古氏公司应当按照合同约定承担相应责任。

编写人：北京市高级人民法院　杨绍煜

58

双方均没有证据证明承揽物不能正常运行的原因，如何认定责任

——蔡炳春诉林东兴承揽合同案

【案件基本信息】

1. 调解书字号

福建省莆田市荔城区人民法院（2012）荔民再初字第3号民事调解书

2. 案由：承揽合同纠纷

3. 当事人

原告：蔡炳春

被告：林东兴

【基本案情】

原告蔡炳春诉称，2008年5月11日，其与被告订立机械定制合同书，合同订立后，原告按约支付给被告定金2万元及货款5万元。为筹备生产，原告又于2008年5月8日及5月20日与福建肖大妈食品有限公司订立酱油渣供销合同及补充合同，另外，原告又与莆田市城厢区东大饲料有限公司订立买卖合同，与坂头村老协会订立了房屋租赁合同，每月租金4000元，并支付共计七名员工的工资每月总计1.1万元。原告一切筹备妥当，只等被告定做的烘干机安装、调试成功后进行生产，但被告从订立合同到安装、调试，折腾了两个多月，制作的烘干机始终无法烘干酱油渣，导致原告对外需承担购货及供货的违约责任，对内又要承担房租及工资等成本。现原告诉讼请求：判决解除与原审被告之间签订的合同，原审被告双倍返还定金4万元，归还货款5万元，并赔偿原审原告至起诉时止的经济损失156503元，共计246503元。被告林东兴辩称，其持有营业执照，可以合法经营铁件加工，

与原告订立机械定制合同，属于加工合同，而不是买卖合同，被告是按照原告要求及合同约定的规格加工烘干机。因烘干炉灶不合格，造成烘干机无法正常使用。合同约定："机械制作、装卸、安装、调试由甲方（被告）负责完成，乙方（原告）协助甲方安装、调试；土木砖购（构）造由乙方负责完成。"炉灶不合格应由原审原告自身负责。原告与他人订立合同的真实性和赔偿事实均无法确认，也与本案无关，并且原告无采取防止损失扩大的补救措施。请求法院驳回原告的诉讼请求。

【案件焦点】

原被告均无证据证明导致机械不能运转的原因，如何认定双方责任。

【法院裁判要旨】

福建省莆田市荔城区人民法院认为：原告蔡炳春与被告林东兴订立《机械定制合同书》是双方真实意思表示，不违反法律法规的禁止性规定，该合同合法有效。被告作为铁件加工个体经营户，按照合同约定的机械规格要求，以自己的设备、技术和劳力，完成烘干机械的制作；且合同上也明确约定为机械定制合同，故原、被告之间的民事法律关系符合承揽合同的特征。原告主张本案"定性为买卖合同"，缺乏事实和法律依据，不予采纳；合同明确约定，烘干机机械部分由被告完成，烘干炉系土木结构，由原告负责完成，且原告有协助被告安装、调试的义务。对烘干炉整个系统不能正常使用，原被告均不能举证证明是由机械部分或是炉灶部分的质量问题引起的，且双方对自己完成的部分均不能提供必要的技术资料和有关质量证明，造成莆田市产品质量监督检查所对该设备情况无法作出判定。双方对此均负有责任，应当各自承担相应的责任。为此，原告应承担烘干机不能正常使用所成的损失人民币24640元和将烘干机机械部分返还给被告的责任，被告应负返还机械款人民币70000元的责任。原告主张被告双倍返还定金和承担其他损失，缺乏事实和法律依据，不予支持。合同已明确约定炉灶由原告负责完成，原告主张烘干炉灶的施工工人周永澄由被告选择并指导，不能成立。

再审时，经法院主持调解，原审原告蔡炳春与原审被告林东兴自愿达下协议：一、解除原审原告蔡炳春与原审被告林东兴之间的机械定制合同；二、原审被告林东兴应在调解生效之日起十日内返还原审原告蔡炳春已支付的货款人民币70000元；三、原审原告蔡炳春应在调解生效之日起十五日内返还原审被告林东兴制作的

烘干机机械部分，并协助原审被告林东兴将机械运离所在地。机械拆卸及搬运所需要的人员及费用由原审被告林东兴负责；四、原审原告蔡炳春一次性补偿给原审被告林东兴人民币6000元，作为机械拆装、运输及残缺物品的补偿费用；五、案件受理费人民币4998元，由原审原告蔡炳春负担3579元，原审被告林东兴负担1419元。

【法官后语】

本案诉争标的烘干机体型庞大且与原告所砌墙体相连，在执行的过程中，双方就机械如何拆装以及费用问题产生争议，导致本案一拖四年无法执行。期间，因标的物属铁质品，长期废弃，氧化严重已无法继续使用，且部分零部件丢失，被告林东兴四年间到处上访。

再审期间，考虑到本案跨度时间长、标的物易氧化等原因，合议庭在详细了解案情后，多次组织双方当事人进行协商，并赴现场勘察，最终，原被告双方握手言和达成调解协议。

本案之所以提出作为案例讨论，关键在于案件折射出的问题值得我们反思。要求我们法官在今后的工作实践中，谦虚谨慎、戒骄戒躁的同时，注重自身业务素质提高，力争自己手中的每一件案件都是经得起历史和实践检验的铁案。

另一方面，再审程序中适时引入调解机制，对于提高办案效率、促进社会和谐具有十分重要的意义。一般而言，审判监督庭的案件大多案情复杂、矛盾冲突激烈，部分当事人存在多年上访、信访的经历。这就要求在再审诉讼过程中，要在坚持当事人自愿的前提下，充分发挥再审诉讼调解功能，维护当事人的合法权益和法律的尊严。

编写人：福建省莆田市荔城区人民法院　孙金凤

59

个人出具未加盖公司印章的《工程结欠单》是否系职务行为

——张志松诉福建省华丰建设工程有限公司承揽合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省莆田市中级人民法院（2012）莆民终字第708号民事判决书

2. 案由：承揽合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：张志松

被告（上诉人）：福建省华丰建设工程有限公司

【基本案情】

2007年2月20日，被告委任林明勇为莆田六中学生公寓A、B幢工程项目负责人，原告向被告承揽莆田六中学生公寓A、B幢项目的模板劳务，双方未签订书面合同。2011年7月30日，被告委任的莆田六中学生公寓A、B幢工程项目负责人林明勇与原告进行结算，并向原告出具《工程结欠单》一份，确认结欠原告模板劳务工程款人民币93500元，还款时间由原定2011年7月底顺延至2011年8月底。事后，原告多次催讨，被告均拒绝还款，故原告诉请被告支付报酬及其利息。

【案件焦点】

以个人名义出具未加盖公司印章的《工程结欠单》是否系职务行为。

【法院裁判要旨】

福建省莆田市涵江区人民法院认为：原告虽未与被告签订书面合同，但已实际履行了为被告承建的莆田六中学生公寓A、B幢工程项目的模板劳务义务，两者之间已形成实际的承揽合同法律关系，有《工程结欠单》为据。林明勇作为被告委派

的莆田六中学生公寓A、B幢工程项目负责人，其与原告进行模板劳务的结算，是履行职务行为，由此产生的民事法律责任依法应当由被告承担。据此判决被告支付原告报酬及其利息。

被告不服一审判决提起上诉。

福建省莆田市中级人民法院认为：上诉人委任林明勇为莆田六中学生公寓A、B幢工程项目负责人，且上诉人并未提供有效的证据证实林明勇的行为系其个人行为，故上诉人辩称本案讼争的承揽合同关系主体是被上诉人张志松与林明勇，因缺乏事实和法律依据，其要求追加案外人林明勇作为本案共同被告的理由，不能成立，不予支持。上诉人结欠被上诉人工程款人民币93500元，被上诉人诉求华丰建设公司支付工程款，于法有据，予以支持。判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是一起加工承揽合同纠纷案件。双方分歧的焦点是：以个人名义出具未加盖公司印章的《工程结欠单》是否系职务行为。受诉法院认定为职务行为是正确的。理由如下：

1. 举证责任的分配和证据的证明力及优势证据规则

原告为主张债权提供《证明》证实林明勇出具的债权凭证《工程结欠单》系其职务行为，虽然并未加盖被告印章或工程项目章，但在被告没有相反证据予以反驳的情况下，应当认定林明勇出具的《工程结欠单》系职务行为，其法律后果应由被告承担。

2. 二审中新证据的范围和提出时间

我国《民事诉讼法》规定，当事人在法庭上可以提出新的证据。二审程序中将新发现的证据的时间确定在一审庭审结束后。另外，当事人申请人民法院调查取证一审未获准许，二审认为应当准许并依当事人申请调取的证据，也属于当事人因客观原因在一审举证期限内无法提交的证据。本案中，上诉人抗辩林明勇不是上诉人的工程项目负责人，而是工程的具体承包人，并在二审中出示两份证据。但这两份证据均不属于新的证据的时间和范围，二审法院根据证据规则不予采纳是正确的。

3. 本案产生的背景和法官自由心证

目前，建设工程施工要求有资质的建筑企业，很多未取得资质的个人工程队、包工头往往以挂靠的方式转包工程项目后再层层分包。本案仅凭一张《证明》认定职

务行为确实很难在法官内心形成自由心证，但是结合目前建设工程施工违法分包的现象以及本院审理的另一起同一被告的案件中的债权凭证加盖被告的项目部印章，再根据日常生活习惯，采取自由心证的方法，予以认定职务行为更接近客观实际。

综上，根据我国《民法通则》第四十三条的规定，企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任，本案涉诉的《工程结欠单》虽未加盖被告公章，但被告的项目负责人在该单上签名，受诉法院结合其他证据，认定为被告工作人员的职务行为，应由被告承担民事责任。

编写人：福建省莆田市涵江区人民法院　林冬

60

承揽合同中附带提供服务费用是否应当支付

——厦门车友汇汽车维修有限公司诉黄滨承揽合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2012）同民初字第2512号民事判决书

2. 案由：承揽合同纠纷

3. 当事人

原告：厦门车友汇汽车维修有限公司（以下简称车友汇公司）

被告：黄滨

【基本案情】

2012年3月13日，黄滨称其所有的闽DWA027号车（车型为华晨宝马3系）有异响，遂驾驶到车友汇公司维修。车友汇公司经判断后认为，车辆异响是由于车辆的空调压缩机故障所产生，遂对空调压缩机进行更换，并对车辆进行了其他维护。车辆维修后，车友汇公司于2012年3月16日出具结算单，黄滨在结算单上签字确认后将车开走。结算单列举了维修项目工时费及更换配件金额，费用合计为人民币15105元。

其后，车友汇公司诉称被告以试车为由，未付款先行将车开走，其多次向被告催讨维修费未果，遂于2012年7月2日向法院提起诉讼。庭审过程中，黄滨申请证人江航海（与黄滨系朋友关系）出庭作证。江航海述称，他与黄滨一起去修车，而车辆维修后仍有异响，黄滨就将车开到厦门宝立达汽车服务有限公司维修并将拆下的压缩机、皮带、过渡轮等还给车友汇公司。车友汇公司对证人江航海的陈述不予认可，其称黄滨在签结算单的时候就已经试完车，其之所以退还10000元是因为黄滨承诺一次性付清维修费。对此，黄滨予以否认，并称其在结算单上签名时未试车，而是直接将车开回，后来才发现车辆并没有修好，异响并未消除，就将车开回到车友汇公司，但车友汇公司无法修理，车友汇公司遂将预付款10000元退还黄滨，黄滨只能自行将车开到厦门宝立达汽车服务有限公司进行维修，并将空调压缩机退还车友汇公司。而车友汇公司述称，黄滨告知车辆仍有异响，车友汇公司要求黄滨开回继续维修，但黄滨不同意。

【案件焦点】

维修过程中附带提供汽车保养维护的服务所产生的费用，接受服务一方是否应当支付价款，能否以汽车故障未排除为由拒不支付。

【法院裁判要旨】

厦门市同安区人民法院认为：被告黄滨因车辆存在异响将车交由原告车友汇公司修理，双方之间成立承揽合同关系。车友汇公司判断是车辆空调压缩机原因导致异响，对空调压缩机进行更换，相应的工时费及配件费共计7415元。然而，由于车友汇公司通过维修未能消除异响，且黄滨已退还相应的配件，故车友汇公司无权要求黄滨支付更换空调压缩机的相应费用。但是，车友汇公司还对车辆进行了其他维护保养，相应的工时费及配件费为7690元。上述维护保养项目在车友汇出具给黄滨的维修结算单中明确列明，黄滨亦签字确认，故黄滨应当向车友汇公司支付该工时费及配件费合计7690元。

厦门市同安区人民法院根据《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第二百六十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，判决：

一、被告黄滨应于本判决生效之日起五日内向原告厦门车友汇汽车维修有限公司支付车辆维护费人民币7690元。

二、驳回原告厦门车友汇汽车维修有限公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

根据《合同法》第六十条第一款的规定，合同的双方当事人履行合同过程中应当遵循全面履行原则，即按照合同规定的标的及其质量、数量，由适当的主体在适当的履行期限、履行地点以适当的履行方式，全面完成合同义务。本案中维修方车友汇公司没有排除汽车故障，即没有按要求提供符合约定的工作成果，车友汇公司当然无权要求被告支付更换空调压缩机的工时费及配件费。

本案中，被告认为原告车友汇公司完成的工作成果不符合质量要求，原告无权请求支付费用，包括履行合同约定义务的附带提供服务费用；而原告车友汇公司则认为，尽管其未排除故障，但被告黄滨实际享有了其附带提供的服务利益，被告应当支付附带提供服务的费用。双方当事人的争议分歧在于汽车修理合同约定的工作任务没有完成，而维修方在合同履行过程中却附带提供与排除故障相关的汽车保养服务，接受服务方是否可以故障尚未排除为由，而拒绝支付维护保养费用。

值得注意的是，承揽合同履行过程中的情形不一，履行费用承担问题应当视情况确定。承揽合同履行过程中，定作人不能以其超过当事人约定的范畴或者简单地认定合同约定的义务没有按要求完成而拒绝支付附带提供服务产生的费用，而是应当根据附带提供服务性质、必要性等因素来考量，方能符合公平正义的原则。

在本案中，车友汇公司在履行汽车维修合同过程中，在更换空调压缩机及其配件后，对汽车的发动机等进行清洗等保养维护项目是基于更好消除异响、排除故障的目的，同时该附带服务是与空调压缩机更换相关的服务项目，对于车辆异响排除、保养维护是非常必要的，符合技术操作的一般要求，而不是独立的服务项目，也不是原告为了增加收费项目而毫无理由增加的服务项目。虽然车友汇公司确实没有按要求消除异响、排除故障，但是其附带提供的服务已经实际履行完毕，并且无法恢复原状，只能根据行业习惯进行折价补偿对方，故被告应当向车会汇公司支付与其所提交工作成果的价值相称的费用。根据权利义务相一致的要求，被告黄滨应当向车友汇公司支付保养维护费用，而不能简单以合同约定的故障并未排除为由拒绝支付价款，否则被告黄滨享有附带服务的实际利益没有合法依据，与社会的公平正义理念不符。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院　林振泰　黄银斌

十三、保管合同

61

车辆在停车场内被划伤，场地提供者应否承担赔偿责任

——俞蕾诉江阴市鑫洲物业管理有限公司保管合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2012）锡民终字第1040号民事裁定书

2. 案由：保管合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：俞蕾

被告（被上诉人）：江阴市鑫洲物业管理有限公司（以下简称鑫洲物业公司）

【基本案情】

2010年2月6日12时40分许，俞蕾将其所有的牌号为苏BOD019奔驰汽车停放在鑫洲物业公司管理的江阴市希望广场地上停车场，停车场管理人员向俞蕾出具了江苏省地方税务局通用定额发票1张，金额为5元，发票正面加盖了鑫洲物业公司发票专用章，反面加盖了“希望广场地上用”字样的方章。

奔驰汽车在希望广场地上停车场停放期间，车辆被他人故意划伤。2012年2月8日，俞蕾向江阴市公安局要塞派出所报案，称自有的奔驰汽车被故意损坏，请予立案，江阴市公安局予以立案，但尚未破案。事发后，鑫洲物业公司向俞蕾提供了奔驰汽车停放期间的录像，录像反映，2012年2月6日14时左右，有一个男子前

后数次经过奔驰汽车，其中三次经过时故意用尖锐物件划伤了奔驰汽车表面。

希望广场停车场是利用希望广场范围内的闲置场地进行停车，由鑫洲物业公司管理，并经江阴市物价局批准后收取费用。希望广场地上停车场有数个出入口，停车时停车人并不需要向停车场管理人员交付车辆钥匙，车辆离开时停车场管理人员也不查验提车人的身份。

审理中，虽经法院释明，俞蕾坚持以原、被告之间形成了保管合同关系为由要求鑫洲物业公司承担赔偿责任。

【案件焦点】

将车辆停放在物业公司管理的地上停车场，和鑫洲物业公司之间是否形成了保管合同关系。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院认为：保管合同的成立须具备下列条件：一是双方当事人须对保管达成一致的意思表示；二是需要交付保管物。首先俞蕾未能提供证据证明双方当事人具有订立保管合同的意思表示及订立了保管合同，也未能证明鑫洲物业公司在提供的场地上设置有对车辆进行保管意思的标识，鑫洲物业公司也否认双方之间有订立保管合同的意思表示。其次鑫洲物业公司提供场地给俞蕾停放车辆，但车辆钥匙一直由俞蕾持有，俞蕾何时将车辆取走无须征得鑫洲物业公司的同意，对于是否由车辆合法使用人取车鑫洲物业公司也不进行查验，可见，车辆始终由俞蕾实际保管，鑫洲物业公司并未取得车辆的控制权，故不能认为俞蕾将车辆停放在鑫洲物业公司管理的场地上的行为是交付保管物的行为。此外，鑫洲物业公司向俞蕾收取的车辆使用费，其标的是车位范围内的场地占有权或者使用权，并非车辆本身。综上所述，鑫洲物业公司对俞蕾仅提供场地停车，俞蕾也没有将车辆交付给鑫洲物业公司，故俞蕾和鑫洲物业公司之间没有形成保管合同关系，只是形成了车位使用合同关系，俞蕾依据保管合同关系主张损害赔偿于法无据，依法不予支持。据此，江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国合同法》第三百六十五条、第三百六十七条，判决：驳回俞蕾的诉讼请求。案件受理费减半收取 150 元（俞蕾已预交），由俞蕾负担。

俞蕾提起上诉，后以双方达成和解为由，申请撤回上诉。江苏省无锡市中级人

民法院准许俞蕾撤回上诉，原审判决发生法律效力。

【法官后语】

停车费的性质的判断直接关系到车辆在停车场地受到损害后的责任承担。司法实践中关于停车费性质的认定主要有两种观点：一是认为车主与场地提供者之间构成保管合同关系，停车费的性质为保管费；二是认为车主与场地提供者之间构成场地租赁合同关系，停车费的性质为场地租赁费。两者在合同义务上有区别，如果车辆在停车场地丢失、损毁，依照保管合同，场地提供者须承担违约责任，而依照场地租赁合同，场地提供者则无需承担违约责任。

从实践来看，停车位稀缺是一个不争的事实，停车作为社会的一个基本需求，停车费被物价部门限定在较低标准，相较于车辆自身的价值较低。从另一个角度考虑，按照风险与收益成正比的原则，不同价值的车辆均采用同一收费标准，也表明双方之间是场地租赁合同，而非保管合同。

将停车费视为场地租赁费，不能完全排除场地提供者的赔偿责任。合同债务包括给付义务和附属义务。场地租赁合同的给付义务是提供场地，但是看护车辆防止被盗抢以及毁损是为了场地租赁合同能够得以顺利履行的合同附随义务，对附随义务的违反同样可以要求场地出租人承担损害赔偿责任，此时因为看护车辆只是附随义务，可以采用“可预见”规则对赔偿范围进行限制，从而达到一个较为合理的结果。因此若当事人以租赁合同为依据提起诉讼时，可以从场地租赁合同的附随义务的角度支持其诉讼请求，此时还可避免将停车视为保管合同，无法采用“可预见”规则对赔偿范围进行限制，需全额赔偿的问题。

编写人：江苏省江阴市人民法院　计珉　王杰兵

62

入住酒店时交费停车是否与酒店成立保管合同

——陈建华诉河池市金茂大酒店保管合同案

【案件基本情况】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区河池市金城江区人民法院（2012）金民初字第137号民事判决书

2. 案由：保管合同纠纷

3. 当事人

原告：陈建华

被告：河池市金茂大酒店

【基本案情】

陈建华于2012年1月1日向广西河池市机动车辆交易市场购买五菱车一辆。2012年2月1日，陈建华等四人入住河池市金茂大酒店，并在该酒店办理了个人入住信息登记，同时对停放在该酒店停车场的汽车进行了车辆停放信息登记。双方还就车辆的停放达成口头约定："停车费每天人民币十元，在提车时交费。"河池市金茂大酒店的保安佘广师于2012年2月1日23时30分至次日（2月2日）早7时30分值班。次日凌晨约5时，保安佘广师发现本酒店停车场有一部车辆强行从停车场另一出口开出，以为系车主逃票，即到酒店前台查看住宿车主的车辆登记信息，从车辆住宿信息登记表中，发现该车辆为住在909号房的旅客车辆，其随即经电话联系该房旅客即陈建华，并询问车辆开出原因，陈建华获知其车辆被他人开出酒店的情况后，随即下楼到现场查看，确定该车已被盗，早9时50分即到河池市公安局河南派出所报案。不久，河池市公安局金城江分局刑事侦查大队及南丹县公安局刑事侦查大队均证明已抓获犯罪嫌疑人覃某某、兰某某等人，上述嫌疑人承认在河池

市金茂大酒店停车场盗窃了一辆机动车。2012年4月11日，河池市公安局金城江分局委托河池市价格认证中心对原告被盗的涉案车辆进行价格评估，该中心于2012年8月8日出具了河价鉴（2012）126号《涉案物品价格鉴定结论》，结论为：被盗车辆价值36579元。次日，陈建华及犯罪嫌疑人兰某某在河池市公安局金城江分局的河公金分刑鉴通字（2012）00135号《鉴定结论通知书》上签字。该被盗车辆至今尚未追回。公安机关证明目前无法将犯罪嫌疑人覃某某、兰某某等人移送检察机关提起公诉。

【案件焦点】

陈建华与河池市金茂大酒店的保管合同关系是否成立。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区河池市金城江区人民法院认为：原告陈述其于2012年2月1日入住被告宾馆住宿，并提供了被告出具的住宿发票予以证实，被告并无异议，本院予以认定。本案被告聘请的当日当班保安余广师在公安机关所做的证词，证明原告车辆被盗后，其是从原告在酒店住宿登记信息表中获知原告住宿及将车辆交由被告保管，同时其证明被告规定有客人凭住宿登记并保管车辆，离开时交费取车的惯例。而原告在公安机关陈述其将车辆交由被告保管的事实与证人余广师的上述证实一致，公安机关也证明抓获的犯罪嫌疑人兰某某等人也供述在被告处盗窃了一辆机动车。上述事实可以证明，原告已经将其车辆交给被告保管，并且被告已对原告入住宾馆进行住宿登记，对原告车辆保管也进行了登记。我国《治安管理处罚法》第五十六条规定“旅馆业对住宿的旅客应当按规定登记姓名、身份证件种类和号码”，但被告至今无法提供2012年2月1日与本案相关联的旅客住宿信息登记表，因此，被告无充分的证据反驳原告将车辆交由其保管的事实。原告与被告之间建立了车辆保管合同关系，对被告否认保管原告车辆的抗辩理由，不予采信。被告对原告车辆保管不善，造成原告车辆被盗损失，应承担违约责任。因河池市公安局金城江分局对原告被盗车辆委托评估的价值为36579元，原告车辆损失额为36579元，此款由被告赔偿给原告。原告要求被告赔偿其安装在该车的DVD损失1200元，因证据不足，不予支持。

广西壮族自治区河池市金城江区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第

八条、第六十条第一款、第三百六十五条、第三百六十七条、第三百七十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条、六十四条、第一百三十六条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，判决：

一、被告河池市金茂大酒店赔偿原告陈建华车辆损失款36579元。

二、驳回原告陈建华的其他诉讼请求。

【法官后语】

保管合同是实践性合同，在双方当事人意思表示一致的情况下，还需将保管物交给保管人，保管合同才成立。因此，本案陈建华是否将车辆交给河池市金茂大酒店保管是认定双方保管合同成立的核心。法院主要是从当事人的举证责任分配着手，即陈建华举证其入住酒店的住宿发票，购买的车辆证明，公安机关抓获犯罪嫌疑人的供述，酒店当班保安余广师在公安机关的问话记录。通过这些记录陈建华证明其入住酒店并交车保管的事实的举证责任已经完成。我国《治安管理处罚法》第五十六条规定，“旅馆业对住宿的旅客应当按规定登记姓名、身份证件种类和号码，……”作为酒店业，河池市金茂大酒店应按上述法律规定对入住其酒店的每一位旅客进行登记，由于其拒绝提供陈建华自述当日入住酒店的旅客信息登记表，因而无法反驳陈建华入住酒店并交车保管的事实。法院即依据陈建华提供的证据认定其入住河池市金茂大酒店并交车保管的事实。进而认定河池市金茂大酒店对陈建华的车辆保管不善，造成陈建华的车辆被盗损失，应承担违约赔偿责任，遂依据证据规则做出上述判决。

此外，由于本案属保管合同纠纷，民事案件已经立案受理，虽然曾经中止审理，但由于刑事案件一直没有公诉，因此，法院恢复民事案件审理并无不当，河池市金茂大酒店承担责任后，可向盗窃陈建华车辆的被告人行使民事追偿权。

编写人：广西壮族自治区河池市金城江区人民法院　韦怀明

十四、居间合同

63

如何认定“跳中介”行为

——北京旺京置地房地产经纪有限公司诉中国太平洋保险（集团）股份有限公司等居间合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市西城区人民法院（2012）西民初字第2116号民事判决书

2. 案由：居间合同纠纷

3. 当事人

原告：北京旺京置地房地产经纪有限公司（以下简称经纪公司）

被告：中国太平洋保险（集团）股份有限公司（以下简称保险公司）、第一太平戴维斯物业顾问（北京）有限公司（以下简称物业公司）

【基本案情】

原告经纪公司于2010年7月代表北京市天元律师事务所（以下简称天元律所）与被告保险公司及物业公司展开租赁谈判，要求租赁位于北京市西城区丰盛胡同28号太平洋保险大厦3000余平方米的写字楼供天元律所作为办公场所。2010年7月22日，经纪公司带领天元律所的工作人员视察了太平洋保险大厦物业现场，之后，保险公司与物业公司向经纪公司出具了《客户确认函》，承诺向经纪公司支付相当于一个月表面租金的费用作为代理费。此后，天元律所成功租赁了太平洋保险大厦

10层3333.22平方米面积的房屋，并正式迁入上述地址办公。按照约定，保险公司与物业公司应向经纪公司支付72万元的代理费，但其至今未予支付。经纪公司提起诉讼，要求判令：保险公司与物业公司连带给付居间服务费72万元并承担本案诉讼费用。

【案件焦点】

居间合同期满后，未通过原中介公司签订租赁合同的行为是否属于“跳中介”行为。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院认为：根据保险公司与物业公司签订的《办公楼租赁独家代理委托合同文件》，如果经第三方代理介绍的客户与保险公司签订不短于一年的租赁协议，则保险公司按照该客户应付月租金的1倍直接向第三方代理支付佣金。虽然经纪公司不能证明保险公司在《客户确认函》中签字，但是根据《办公楼租赁独家代理委托合同文件》的上述约定，《客户确认函》对保险公司亦具有约束力。

根据《客户确认函》的内容，经纪公司获得相当于1个月表面租金的费用作为代理费的条件之一为：在确认函有效期内，经纪公司确认客户到太平洋保险大厦签署租赁合同并支付相应保证金及预付租金。该确认函有效期为3个月，即从2010年7月27日至2010年10月27日，而天元律所和保险公司签订《太平洋保险大厦租赁合同》的时间为2010年11月25日，该时间在合同有效期之外。经纪公司不能证明其为双方签订租赁合同提供了其他服务，其虽然主张天元律所和保险公司、物业公司在2010年11月25日之前已对租赁事项达成合意，但是故意拖延到《客户确认函》有效期届满后才签订合同，存在恶意串通行为，但并没有提交证据予以证明，对其上述主张不予支持。因此，经纪公司获得代理费（居间服务费）的条件并未成就，对其诉讼请求不予支持。

北京市西城区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条第一款、第四百二十七条，判决：

驳回原告北京旺京置地房地产经纪有限公司的诉讼请求。

【法官后语】

“跳中介”行为的认定在民事审判活动中是一个难题，因为机会和服务没有明显的实物载体，居间人所提供的是一种信息或者专业服务，在履行过程中如果没有书面记载，很难量化或认定居间人履行合同的行为是否符合合同约定，而且现阶段中介机构在提供居间服务的时候存在不规范现象，所以导致事实认定更加困难。

司法实践中具体认定拒绝支付报酬的行为是否属于“跳中介”，应从四个方面分析：

第一，签订合同的当事人是中介机构提供媒介服务的当事人。

如果签订合同的双方当事人不是中介机构提供媒介服务的双方，那么中介机构提供的居间行为并没有完成，无法认定签订合同的当事人存在“跳中介”行为。当然，如果委托人为了“跳中介”而通过隐名方式委托他人代为签订合同，那么还应当认定其行为属于“跳中介”行为。

第二，签订合同的当事人利用了中介机构提供的交易机会或者提供订立合同的媒介服务。

如果当事人并没有利用中介机构提供的订立合同的机会或者订立合同的媒介服务，那么就无法认定“跳中介”行为的存在。

第三，签订合同的时间应在和中介机构约定的期间之内。

如果委托人和居间人之间签订有居间合同，且明确约定了合同期限，那么如果签订合同的时间未在明确约定的期限之内，居间人没有充分的证据证明签订合同的双方存在“跳中介”的恶意，就不能认定委托人存在“跳中介”行为。

第四，中介机构提供的机会或者服务促成了合同的成立。

如果合同不成立，那么就不会存在“跳中介”行为，居间人只有请求必要费用的权利。

编写人：北京市西城区人民法院　张保亮　黄冠猛

64

山地承包合同解除，居间人是否承担赔偿责任

——湛江晨鸣林业发展有限公司惠州分公司诉李招球居间合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省汕尾市陆河县人民法院（2012）汕河法民二初字第5号民事判决书

2. 案由：居间合同纠纷

3. 当事人

原告：湛江晨鸣林业发展有限公司惠州分公司

被告：李招球

【基本案情】

2006年1月16日，原告湛江晨鸣林业发展有限公司惠州分公司与被告签订《承包山地服务合同书》，合同约定由被告向原告推介承包陆河县螺溪镇新溪村委会（以下简称村委会）提供的“石壁坪”山地，并约定了双方的权利义务。同日，原告与委会签订了《山地承包合同书》，与第三人李招青签订了《林区道路修建合同》。2006年1月20日原告再与第三人签订了《造林工程承包合同》。此后，在原告与村委会履行合同的过程中，陆河县林业局以原告未经批准擅自进行炼山作业，违反林业的有关法律、法规规定为由，责令原告停工。2006年3月29日村委会向原告发出在炼山手续未办完善之前停止山上一切作业的通知。2007年2月5日，原告、被告与第三人签订了《关于停止经营陆河县螺溪镇新溪村石壁坪4500亩山地善后处理事宜德协议书》（以下简称《善后协议》），约定终止原、被告签订的《承包山地服务合同书》以及原告与第三人签订的《林区道路修建合同》、《造林工程承包合同》，同时约定了以上合同解除后的相应权利义务。2007年10月15日，原告以村委会为被告提起诉讼，以村委会未尽《山地承包合同书》约定义务为由，要

求判决村委会赔偿其经济损失。

2011年10月25日，广东省汕尾市陆河县人民法院作出（2011）陆河法民二初字第1号民事判决，判令本案原告向本案第三人支付各项工程款100750元。2011年12月22日，本案原告湛江晨鸣林业发展有限公司惠州分公司以李招球为被告、李招青为第三人提起诉讼，以李招球未按《承包山地服务合同书》履行相关义务，违反《合同书》第五条“一方在推介给甲方承包的山地中如因工作不慎，了解情况不详、欺诈或其他原因，导致甲方所承包土地权属不清，争议纠纷，由此而造成的经济损失，除在中介劳务费中扣除外，不足部分由乙方负责赔偿。……”为由，要求李招球承担因违约造成其损失100750元。

【案件焦点】

山地承包合同中断，居间人是否应承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

广东省汕尾市陆河县人民法院经审理认为：原告与陆河县螺溪镇新溪村委会履行《山地承包合同书》的中断，是原告在没有办理炼山手续即上山炼山，违反有关规定所致，并非原告与陆河县螺溪镇新溪村委会一方不愿意履行合同造成，由此而产生原告与第三人李招青在履行《林区道路修建合同》、《造林工程承包合同》过程中的纠纷，系原告一方的违约，不系本案被告李招球作为居中人工作不慎、了解情况不详、欺诈或其他原因所致。据此，原告要求被告赔偿其支付给第三人的工程款，于法无据，不予支持，其诉讼请求应予驳回。

广东省汕尾市陆河县人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四十九条、第六十四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十条第（五）项以及《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》第二条之规定，判决如下：

驳回原告的诉讼请求。

本案受理费人民币2315元，由原告负担。

【法官后语】

本案的事实虽较为简单，但所涉法律关系较为复杂，涉及居间合同特征、讼争

纠纷法律适用相对原则等法律问题。

要求居间人承担赔偿责任的前提，首先要界定居间人的主要义务，根据《合同法》第四百二十五条的规定："居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告，居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事项或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。"该条第一款的规定，界定了居间人的主要义务是如实报告义务。但该条第二款将居间人承担赔偿责任的条件局限于两种情况，一是故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，二是提供虚假情况。居间人是否违约，关键在于其是否故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况。如果居间人不是故意，而是由于误信了有关情况，对该情况产生了虚假认识，并就认识到的情况向委托人报告，给委托人的利益造成了损害，此种情形，居间人不构成故意提供虚假情况，不应承担损害赔偿责任。如果居间人由此承担损害赔偿责任，那么居间人赔偿的巨额损失，确实超过了其订立居间合同时应当预见到的损失，这样处理亦同样违背了合同法确定的损失赔偿可预见性原则，因而是不恰当的。

具体案件中，居间人承担赔偿责任的条件应为：(1) 居间合同合法有效。有效的居间合同是本文所讨论的居间人承担赔偿责任的前提。(2) 居间人违反了其如实报告义务或合同具体条款约定的义务。在居间法律关系中，居间人具有如实报告有关订立合同事项的义务，要尽到谨慎注意义务。居间人应就对订约有影响的事项据实向委托人报告，如订约人的信誉、履约能力、所购商品的瑕疵等等。对这些与订约有影响的事项，居间人应负有按委托人的委托积极履行其应报告内容的义务，防范实践中一些居间人消极履行如实报告义务，应核实而不核实、应调查而不调查，规避居间行业风险。(3) 居间人主观存有过错。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事项或者提供虚假情况。(4) 委托人因居间人的报告不实造成了实际损失，并且有因果关系。居间人的报告不实行为必须已经给委托人造成了实际损失，这是居间人承担责任的前提，倘若居间人虽然在履约时存有过失，没有如实报告，但对委托人没有造成任何损失，或者委托人的损失与居间人的报告不实行为没有直接的因果关系，就不能要求居间人承担责任。

在居间合同中，居间人仅在委托人与第三人之间充当媒介，而无权在当事人之间的民事活动表达自己的意志，居间人并非委托人与第三人所订立合同的当事人，

也不是任何一方的代理人，仅是促成双方交易或签约的人，最终合同的权利义务是由合同的双方当事人协商后达成一致的，故一旦双方因合同的履行产生争议，其主张的对象应当是合同的相对方而非居间人。对于居间合同双方当事人发生争议时第三人应否参加诉讼，从法律关系上来讲，虽然本案原、被告之间是居间合同纠纷，原告与第三人之间则是另一合同法律关系，但本案当事人之间争议的违约赔偿所涉及的居间法律关系与第三人参加的林区道路修建合同、造林工程承包合同法律关系有牵连，违约损失赔偿不仅关系到本案当事人权利的行使和义务的履行，还关系到案件的执行。通知第三人作为本案无独立请求权的第三人参加诉讼，既有利于查明案件事实，一揽子解决当事人纷争，又有利于案件的执行，切实保障了当事人的合法权益，符合民诉法的规定和精神。

编写人：广东省汕尾市陆河县人民法院　彭武志　王利

65

为不符合购房资格人提供居间服务的过错认定

——何莲芳诉北京博爱房地产经纪公司居间合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市顺义区人民法院（2012）顺民初字第5968号民事判决书

2. 案由：居间合同纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告）：何莲芳

被告（反诉原告）：北京博爱房地产经纪公司（以下简称博爱公司）

【基本案情】

2011年2月15日，北京市人民政府办公厅发布京政办发［2011］8号文件（以下简称《通知》），要求持有本市有效暂住证在本市没拥有住房且连续5年

（含）以上在本市缴纳社会保险或个人所得税的非本市户籍居民家庭，限购1套住房（含新建商品住房和二手住房）；对已拥有1套及以上住房的非本市户籍居民家庭、无法提供本市有效暂住证和连续5年（含）以上在本市缴纳社会保险或个人所得税缴纳证明的非本市户籍居民家庭，暂停在本市向其售房。

2012年2月11日，何莲芳通过博爱公司提供居间服务，与李孚田签订了《北京市房屋买卖合同》。该合同约定何莲芳在签订本合同时支付给李孚田购房定金10000元，在签订合同后30个工作日内付给李孚田购房首付款350000元，贷款部分按贷款机构规定办理。同日，何莲芳、李孚田与博爱公司共同签订《买卖定金协议书》和《居间成交确认书》。《居间成交确认书》中约定何莲芳应于签署《居间成交确认书》之日向博爱公司支付居间报酬5000元。2012年2月11日，何莲芳向李孚田支付购房定金10000元。2012年2月21日，何莲芳交给博爱公司20000元，用于帮助何莲芳办理外地人购房资格。2012年3月7日，何莲芳交给博爱公司其他费用11000元。何莲芳称博爱公司在收取上述31000元费用后始终无法按照其承诺办理完成后续的购房相关法律手续。何莲芳认为博爱公司明知其不具备购房资格而承诺可以为何莲芳办理购房资格，此行为构成欺诈。何莲芳起诉要求解除双方的居间合同，博爱公司返还其已付的全部费用31000元并赔偿其定金损失10000元。博爱公司称其不同意何莲芳的诉讼请求，是何莲芳在明知自己不具备购房资格的情况下，支付20000元让其找相应的机构帮助办理购房资格，博爱公司已委托其他机构为何莲芳办理了购房资格，因何莲芳的问题，导致房屋没有完成过户。博爱公司称何莲芳主张的定金损失是其自身过错造成的，与该公司无关。博爱公司称居间合同已经履行，故反诉要求何莲芳支付代理费5000元。何莲芳称博爱公司没有完成其承诺的居间义务，不同意其反诉请求。

【案件焦点】

提供居间服务中，博爱公司和何莲芳的过错认定。

【法院裁判要旨】

北京市顺义区人民法院认为：何莲芳不具备在京购房资格，博爱公司继续为何莲芳提供居间服务至完成涉诉房屋所有权变更登记实为不能。因2011年2月15日发布《通知》，而何莲芳签订《居间成交确认书》的时间为2012年2月11日，何

莲芳作为购房者应当知晓上述购房政策。何莲芳作为完全行为能力人，应对自身行为有足够的辨认和控制能力，其在明知无购房资格的情况下，支付购房定金并支付办理购房资格的费用及其他费用，存在一定过错。博爱公司系专业从事房地产的经纪公司，理应知悉北京市有关住房限购政策，在其提供居间服务过程中，应及时且详尽的告知购房人相关的政策内容，且对购房人是否具备购房资格负有审核的义务。博爱公司在明知何莲芳不具备购房资格的前提下，与何莲芳形成居间合同关系，并代收办理购房资格费用及其他费用，故博爱公司存在过错。因双方对房屋未实际成交均有一定过错，应当各自承担相应的责任，故对何莲芳要求博爱公司赔偿其购房定金损失，及博爱公司反诉要求支付其居间报酬的请求，均不予支持。根据双方各自的过错，法院酌情确定博爱公司返还何莲芳办理购房资格费用10000元及其他费用11000元。

北京市顺义区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第九十四条第一项，判决：

一、原告（反诉被告）何莲芳与被告（反诉原告）北京博爱房地产经纪有限责任公司之间的居间合同于判决生效之日解除。

二、被告（反诉原告）北京博爱房地产经纪有限责任公司返还原告（反诉被告）何莲芳办理购房资格费用10000元及其他费用11000元。

三、驳回原告（反诉被告）何莲芳的其他诉讼请求。

四、驳回被告（反诉原告）北京博爱房地产经纪有限责任公司的诉讼请求。

【法官后语】

随着房地产市场调控政策的实施，北京集中出现与房屋限购的调控政策相关的民事纠纷案件。作为北京房产调控政策严格限制非本市户籍居民购房的大背景下发生的居间合同纠纷，本案焦点是何莲芳无法办理过户所支出的各项费用应当由谁承担。

房屋作为一种标的额较大的财产，当事人在签订合同时，应当对房地产市场的风险和各种障碍有所预见，且应当知晓已经公布实施的相关政策规定。房地产经纪公司作为专业提供房屋买卖居间服务的主体，应当在法律法规和有关规定的框架内正确引导买卖双方完成房屋交易。

本案中，不符合购房条件人在限购政策实施之后进行购房，从购房时间点分析，其属于明知不可过户而抱着侥幸心理花钱买购房资格去购房的行为。购房人应自担由此产生的不利后果。房地产经纪公司从事专业的房屋买卖居间服务，具有职业经验，委托人对居间人因此产生信任，双方因特定信赖关系而产生了居间人的积极作为义务，买房人基于信赖有理由相信居间人在促成购房交易过程中，对与购房有关的重要信息有积极的作为义务，即房地产经纪公司对买方应当有详尽告知购房政策的义务和协助审核购房资格的义务，上述义务是基于房地产经纪公司的营业范围所确定的，故无需在居间合同中约定。该案的房屋交易未能完成，系双方的过错所致，对于委托人支付给居间人的各项费用应当根据双方的过错，结合案件的具体情况酌情确定。

编写人：北京市顺义区人民法院　毕龙娟